



Master Thesis Fiscale economie

Reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen

Kan sprake zijn van reële bedrijfsopvolging bij het gebruik van preferente aandelen?

Door:

D.A.A. van Tiel

Onder begeleiding van:

mr. dr. M.J. Hoogeveen

Master Thesis Fiscale economie

Reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen

Kan sprake zijn van reële bedrijfsopvolging bij het gebruik van preferente aandelen?

Naam: D.A.A. van Tiel
Universiteit: Tilburg school of Economics and Management, Master Fiscale Economie
SNR: 2017641
ANR: U209267
Examencommissie: mr. dr. M.J. Hoogeveen
Prof. Mr. N.C.G. Gubbels
Datum: 19 augustus 2019
Plaats: Uden

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven ter afsluiting van mijn master fiscale economie aan de Universiteit van Tilburg. Als iemand mij tien jaar geleden had verteld dat ik op dit moment mijn thesis aan het afronden zou zijn om daarmee mijn universitaire titel te behalen, had ik dit niet geloofd. Dit neemt niet weg dat ik er nu wel in geloof en daarbij ongelooflijk trots ben dat ik dit avontuur met succes mag afsluiten. Dit avontuur is niet altijd gemakkelijk geweest, maar ik ben blij dat ik het avontuur niet uit de weg ben gegaan en het beste uit mijzelf heb gehaald met deze thesis als sluitstuk.

Voor dat ik u uitnodig om mijn thesis te lezen, wil ik dit voorwoord nog gebruiken om een aantal belangrijke mensen te bedanken. Zonder deze mensen had ik nooit kunnen staan waar ik nu sta. Als eerste en in het bijzonder mijn vriendin. Zij haalt het beste in mij naar boven. Als ik mijn concentratie weer eens niet kon vinden of als ik weer eens moest studeren tijdens een feestje of iets anders dat veel leuker was moest missen, wist zij mij te motiveren om door te gaan. Daarnaast mijn ouders, die altijd voor mijn klaarstaan wanneer ik ze nodig heb en me altijd hebben geprobeerd te ontlasten in alles wat tot hun mogelijkheden behoorden. Ook mijn schoonouders verdienen dank en in het bijzonder mijn schoonmoeder, mijn schoonmoeder die al vanaf vier Havo al mijn verslagen op de Nederlandse taal heeft gecontroleerd. Zonder haar was het veel moeilijker geweest mijn Nederlandse taalkennis voldoende te kunnen ontwikkelen om deze thesis op papier te zetten. Ik mag ook mijn collega's van Oostendorp Otten en van Boekel niet vergeten, waar ik al sinds januari een plek op kantoor heb gekregen om mijn thesis tot een goed einde te brengen. In het bijzonder wil ik Rob Siroen bedanken. Rob heeft veel tijd in mij geïnvesteerd door het nakijken van mijn thesis en met hem kon ik altijd sparren wanneer ik vastliep in het schrijfproces. Als laatste wil ik mevrouw Hoogeveen bedanken voor de hulp die ze me heeft geboden bij mijn thesis en met de prikkelende en interessante feedback die ze heeft gegeven tijdens het schrijfproces.

Als laatste rest mij niet anders dan u heel veel plezier te wensen met het lezen van mijn thesis en dat mijn thesis naast plezier ook verheldering mag brengen.

Dennis van Tiel

Juli 2019

Abstract

Het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is het wegnemen van fiscale belemmeringen bij een reële bedrijfsopvolging om de continuïteit van een onderneming niet in gevaar te brengen. Van een reële bedrijfsopvolging is sprake wanneer wordt voldaan aan het betrokkenheids criterium, winstgerechtigheids criterium en het opvolgings criterium. Een preferent aandeel voldoet niet aan het winstgerechtigheids criterium, wanneer deze niet meedeelt in de winstreserves en liquidatieuitkeringen. In het kader van het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is het dan ook terecht dat alleen preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging in aanmerking kunnen komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De wetgever heeft de gefaseerde bedrijfsopvolging geprobeerd te omvatten in een viertal voorwaarden. Uit dit onderzoek blijkt dat de visie achter de voorwaarden in overeenstemming is met de ratio achter de faciliteiten. Alleen brengen de voorwaarden mijns inziens niet alle gevallen van gefaseerde bedrijfsopvolging onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De eerste voorwaarde en de tweede voorwaarde moeten op enkele onderdelen worden gewijzigd om uitsluitend gefaseerde bedrijfsopvolging te gaan faciliteren. De derde voorwaarde voldoet aan de doelstelling en behoeft geen aanpassing. De vierde voorwaarde moet worden gewijzigd en zou moeten gaan aansluiten bij de 5%-eis van het aanmerkelijkbelangregime.

Inhoudsopgave

VOORWOORD	2
ABSTRACT	3
INHOUDSOPGAVE	4
AFKORTINGEN.....	6
HOOFDSTUK 1 INLEIDING	7
§1.1 AANLEIDING	7
§1.2 PROBLEEMSTELLING	10
§1.3 OPZET	11
HOOFDSTUK 2 HET PREFERENTE AANDEEL	12
§2.1 INLEIDING	12
§2.2 CIVIELE ASPECTEN PREFERENTE AANDELEN	12
§2.3 PREFERENTE AANDELEN IN DE FISCALITEIT	14
§2.3.1 <i>Introductie preferente aandelen in het AB-regime</i>	14
§2.3.2 <i>De definitie van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten</i>	16
§2.4 BEHANDELING PREFERENTE AANDELEN VOLGENS JAARREKENINGRECHT	19
§2.5 CODIFICATIE VAN DE DEFINITIE PREFERENT AANDEEL IN DE WET.....	21
§2.6 DEELCONCLUSIE	22
HOOFDSTUK 3 AANMERKELIJBELANGHOUDERS IN HET KADER VAN EEN REËLE BEDRIJFSOPVOLGING ..	23
§3.1 WAT MOET WORDEN VERSTAAN ONDER REËLE BEDRIJFSOPVOLGING?	23
§3.2 HET ONDERNEMERSCHAP VAN DE AANMERKELIJBELANGHOUDER	24
§3.3 HET ONDERNEMERSCHAP VAN PREFERENTE AANDEELHOUDERS	27
§3.4 DEELCONCLUSIE	29
HOOFDSTUK 4 DE VOORWAARDEN VOOR REËLE BEDRIJFSOPVOLGING MET PREFERENTE AANDELEN. ...	32
§4.1 INLEIDING	32
§4.2 DE VOORWAARDEN OM DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEITEN TOE TE PASSEN	33
§4.3 VOORWAARDE EEN: PREFERENTE AANDELEN VORMEN OMZETTING VAN GEWONE AANDELEN	34
§4.3.1 <i>De eerste voorwaarde van het vierde lid</i>	34
§4.3.2 <i>De bepalingen in de uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting</i>	35
§4.3.3 <i>Goedkeuringen bij beleidsbesluit</i>	37
§4.4 VOORWAARDE TWEE: OMZETTING GEPAARD MET TOEKENNEN VAN GEWONE AANDELEN AAN EEN ANDER.	38
§4.4.1 <i>Gepaard gaan met</i>	38
§4.4.2 <i>Het uitgeven en toekennen van gewone aandelen</i>	39

§4.4.3	<i>Aan een ander</i>	40
§4.5	VOORWAARDE DRIE: TEN TIJDE VAN DE OMZETTING WAS SPRAKE VAN EEN ACTIEVE ONDERNEMING.	41
§4.6	VOORWAARDE VIER: DE VERKRIJGER HOUDT EEN AANMERKELIJK BELANG IN DE UITGEGEVEN GEWONE AANDELEN.	42
§4.6.1	<i>Voldoen aan de 5%-eis</i>	42
§4.6.2	<i>Behandeling vruchtgebruik/bloot eigendom situaties</i>	44
§4.6.3	<i>Behandeling beleidsbesluit</i>	45
§4.6.4	<i>Aandelen als bedoeld in voorwaarde twee</i>	46
§4.7	BEZITSVEREISTE	47
§4.8	VOORTZETTINGSVEREISTE	48
§4.9	DEELCONCLUSIE	48
HOOFDSTUK 5	CONCLUSIE & AANBEVELINGEN	50
§5.1	INLEIDING	50
§5.2	CONCLUSIE	50
§5.3	AANBEVELINGEN	52
HOOFDSTUK 6	LITERATUURLIJST	54

Afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
AB-Besluit 2018	Verzamelbesluit Aanmerkelijk belang 2018
AWR	Algemene wet inzake rijksbelasting
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
BOR-Besluit 2013	Besluit bedrijfsopvolgingsregeling schenk- en erfbelasting 2013
B.V.	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
Dutch GAAP	Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IV 1990	Invorderingswet 1990
Jo.	Juncto
N.V.	Naamloze vennootschap
SW	Successiewet 1956
Uitv.reg. IB 2001	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. S&E	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
Wet IB 1964	Wet Inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1 Inleiding

§1.1 Aanleiding

Het overdragen van de ‘onderneming’¹ van een directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) aan de volgende generatie, brengt veel gevolgen mee voor de ondernemer. Deze gevolgen beperken zich niet alleen tot de ondernemer als persoon, hij/zij gaat immers zijn/haar levenswerk overdragen, maar ook op fiscaal gebied moet met verschillende aspecten rekening worden gehouden. De overdracht kan plaatsvinden door verkoop, schenking of vererving. In die gevallen is sprake van een (fictieve) vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen.² Bij een vervreemding is over het vervreemdingsvoordeel inkomstenbelasting verschuldigd. Het vervreemdingsvoordeel wordt gesteld op het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs. Bij een schenking of vererving van een aanmerkelijk belang ontbreekt een overdrachtprijs of kan mogelijk een onzakelijke overdrachtprijs worden afgesproken. In deze situatie dient de overdrachtprijs te worden gecorrigeerd naar de waarde in het economische verkeer van de aandelen op dat moment.³ De wetgever heeft in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) doorschuifregelingen opgenomen indien sprake is van een schenking of vererving. Deze doorschuifregelingen draaien op verzoek en onder voorwaarden de (fictieve) vervreemding terug wanneer de belastingclaim behouden kan blijven.^{4 5} Dit laatste wordt bereikt door de verkrijgingsprijs van de aandelen door te schuiven van de overdrager naar de verkrijger.⁶

In 1997 is de doorschuifregeling bij vererving ingevoerd ter reparatie van een heffingslek bij overlijden.⁷ Dit lek werd veroorzaakt door dat aan een overgang krachtens algemene titel geen rechtshandeling ten grondslag ligt. Als gevolg hiervan kon in bepaalde situaties een claimverlies ontstaan.⁸ Om dit te voorkomen werden de overgangen krachtens algemene titel en inbreng in een

¹ Ik beperk me in dit onderzoek uitsluitend tot de behandeling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bij het overdragen van een onderneming in de vorm van aandelen in een besloten vennootschap (hierna: B.V.) of in een naamloze vennootschap (hierna: N.V.).

² Een schenking is een vervreemding in de zin van artikel 4.12, onderdeel b Wet IB 2001. Overdracht door vererving wordt aangemerkt als vervreemding op grond van artikel 4.16, lid 1, onderdeel e Wet IB 2001.

³ Zie artikel 4.19 jo. artikel 4.20 jo. artikel 4.21 jo. artikel 4.22 Wet IB 2001.

⁴ Het terugdraaien van de fictieve vervreemding bij vererving is geregeld in artikel 4.17a Wet IB 2001 en het terugnemen van de vervreemding bij schenking is geregeld in artikel 4.17c Wet IB 2001.

⁵ Verkrijgers die woonachtig zijn in het buitenland kunnen geen gebruik maken van de doorschuifregeling.

⁶ Artikel 4.39a Wet IB 2001 ziet toe op het doorschuiven van de verkrijgingsprijs bij vererving en artikel 4.39c Wet IB 2001 op die bij schenking.

⁷ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 20 (MvT).

⁸ Claimverlies doet zich voor wanneer deze aandelen werden verkregen door iemand in het buitenland, omdat in Nederland geen sprake is van een vervreemding en Nederland in een buitenslandsituatie aan internationale

bestaande onderneming als fictieve vervreemding aangemerkt.⁹ In situaties waar zich geen claimverlies voordeed kon gebruik worden gemaakt van de doorschuifregeling. De doorschuiffaciliteit mocht voor het totale aandelenpakket worden gebruikt. Een doorschuifregeling bij schenking werd in die tijd nog niet noodzakelijk geacht.¹⁰

In 2010 werd de doorschuiffaciliteit herzien. Deze herziening werd nodig geacht, omdat de faciliteit aan de ene kant te ruim bleek en de andere kant te beperkt. De wetgever had als doelstelling om bij reële bedrijfsopvolging zo min mogelijk fiscale belemmeringen op te leggen. Het oneindig uitstellen van afrekening over beleggingsvermogen was uitdrukkelijk niet de bedoeling. Deze kant van de regeling was te ruim gebleken. Het ontbreken van een faciliteit bij schenking bleek als gevolg te hebben dat men het aanmerkelijk belang aanhield tot het moment van overlijden. Voor deze overdracht was immers wel een doorschuiffaciliteit.¹¹ Op dit vlak was de regeling te beperkt en kon beleggingsvermogen zonder heffing overgaan naar de volgende generatie. Om de regeling te verbeteren werd een doorschuifregeling bij schenken ingevoerd en werd een materiële ondernemingstoets ingevoerd. Na de herziening van de doorschuifregeling (waarmee het heffingslek is gedicht) is de ratio achter de regeling het faciliteren van reële bedrijfsopvolging.

Naast de doorschuifregeling in de Wet IB 2001 heeft de wetgever ook faciliteiten opgenomen ten behoeve van de erf- en schenkbelasting. Deze faciliteiten zijn opgenomen in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) en deels in de Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990). In de SW 1956 is een voorwaardelijke vrijstelling van belastingheffing opgenomen. Deze vrijstelling wordt ook wel de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) genoemd. Uit deze regeling vallen twee vrijstellingen te herleiden. De eerste vrijstelling ziet op de situatie dat de liquidatiewaarde hoger is dan de “going concern” waarde. Het verschil tussen de hogere liquidatiewaarde en de waarde “going concern” is 100 %vrijgesteld. Daarnaast is per objectieve onderneming de eerste € 1.084.851 (cijfer 2019) volledig vrijgesteld en het meerdere is voor 83 %vrijgesteld. Dit is de tweede vrijstelling. Naast een vrijstelling voorziet de BOR ook in een uitstel-van-betalingsregeling. Daarmee kan voor het eventuele restant aan schenk- of erfbelasting dat na het toepassen van de vrijstelling nog is verschuldigd, voor een periode van tien jaar rentedragend uitstel worden verkregen.¹²

regels is gebonden met betrekking tot de belastingheffing. Op het moment dat aandelen worden verkregen in privé deel gaan uitmaken van een gedreven IB-onderneming vindt civielrechtelijk alleen een verschuiving binnen het privé vermogen plaats vinden en dus geen vervreemding. Fiscaal moeten de aandelen echter op de waarde in het economische op de balans van de onderneming worden geactiveerd waardoor ook claimverlies ontstaat.

⁹ Zie artikel 4.16, lid 1, onderdeel e, Wet IB 2001 en artikel 4.16, lid 1, onderdeel f, Wet IB 2001.

¹⁰ Kamerstukken II, 1996/97, 24 761, nr. 7, p. 30 (NV).

¹¹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 4 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën).

¹² Artikel 35b, lid 2 SW 1956 jo. artikel 25, lid 12 IV 1990.

Van deze faciliteiten kan alleen gebruik worden gemaakt bij het verkrijgen van ondernemingsvermogen in het kader van een bedrijfsopvolging.¹³ Onder bedrijfsopvolging wordt in het kader van de BOR verstaan het verkrijgen van ondernemingsvermogen van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn¹⁴ en de verkrijger voldoet aan het voortzettingsvereiste¹⁵.¹⁶

De BOR dient net als de doorschuifregeling een sociaaleconomisch doel. De wetgever vindt het niet wenselijk dat de continuïteit van een onderneming in het geding komt door het heffen van erf- en schenkbelasting¹⁷, alsmede inkomstenbelasting¹⁸ (met een eventuele afname van werkgelegenheid en economische diversiteit tot gevolg).¹⁹ De wetgever wil alleen reële bedrijfsopvolging faciliteren, niet meer en ook niet minder.²⁰

Om dit te bereiken zijn bij de herziening van de faciliteiten in 2010 de voorwaarden die al waren gesteld aan de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en de vrijstelling in de SW 1956 (hierna tezamen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten genoemd) aangepast. Vooral de behandeling van preferente aandelen is destijds ingrijpend veranderd. Naast de geldende voorwaarden voor een regulier aanmerkelijk belang en IB-onderneming, geldt dat preferente aandelen aan extra voorwaarden moeten voldoen om in aanmerking te kunnen komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Deze extra voorwaarden zijn bij beide regelingen veelal gelijk aan elkaar. Wanneer ik in het vervolg een voorwaarde van de faciliteiten behandel geldt deze behandeling voor beide faciliteiten tenzij anders vermeld.

Bij de herziening van de wetgeving in 2010 heeft de wetgever gesteld dat houders van (cumulatief) preferente aandelen (hierna: preferente aandelen) meer gezien kunnen worden als kapitaalverschaffer dan als ondernemer.²¹ Hierdoor kwalificeren preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in beginsel als beleggingsvermogen. De wetgever heeft een uitzondering gemaakt voor het overdragen van preferente aandelen die zijn ontstaan en worden verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht.^{22 23}

¹³ Artikel 35b lid 1 SW 1956.

¹⁴ Aan de bezitstermijn wordt voldaan wanneer de erflater ten minste één jaar tot het overlijden of de schenker vijf jaar voor de schenking, ondernemer of aanmerkelijkbelanghouder was van het over te dragen ondernemingsvermogen. Beschreven in artikel 35d SW 1956.

¹⁵ Aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan op het moment dat de verkrijger gedurende een periode van vijf jaar, onder andere de aandelen niet te vervreemden of de onderneming te staken. Beschreven in artikel 35e SW 1956.

¹⁶ Artikel 35b lid 5 SW 1956.

¹⁷ Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7 (MvT).

¹⁸ Kamerstukken II, 2010/11, 32 401, nr. 7, p. 24(NV).

¹⁹ Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 2 (MvT).

²⁰ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17(NV).

²¹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43 (MvT).

²² Zie artikel 4.17a, lid 3 Wet IB 2001 en artikel 35c, lid 4 SW 1956.

²³ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5 (MvT).

Deze nieuwe behandeling van preferente aandelen deed veel stof opwaaien hetgeen ook blijkt uit de literatuur over dit onderwerp.²⁴ Ten eerste is een aantal auteurs van mening dat houders van preferente aandelen niet te vergelijken zijn met beleggers. Zo meent Van Gijlswijk en in gelijke zin De Wijkerslooth dat helemaal geen onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen gewone aandelen en preferente aandelen.²⁵ Van Vijfeijken en Gubbels vragen zich af waarom preferente aandelen voor de toepassing van de Wet IB 2001 worden behandeld als aandelen, terwijl diezelfde aandelen voor de BOR als vreemd vermogen worden aangemerkt.²⁶ Hoogeveen draagt daarentegen meerdere argumenten aan waarom de houder van preferente aandelen wel meer op een belegger lijkt.²⁷ Ten tweede wordt in de literatuur duidelijk gemaakt dat de voorwaarden die aan de preferente aandelen worden gesteld te streng zijn. Heithuis is bijvoorbeeld van mening dat de voorwaarden die aan de preferente aandelen worden gesteld, leiden tot uitsluiting van veel in de praktijk voorkomende situaties van bedrijfsopvolging met preferente aandelen.²⁸ Ten slotte is in de literatuur gezegd dat nog veel onduidelijkheid bestaat over de definitie van het begrip preferent aandeel, aldus Ganzeveld.²⁹ Van der Kroon pleit eveneens voor een duidelijke definitie van het begrip preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.³⁰

In de praktijk bestaan nog veel vragen over de behandeling van preferente aandelen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Worden preferente aandeelhouders nou terecht gezien als kapitaalverstrekkers of verschillen ze niet zoveel van reguliere aandeelhouders die wel als ondernemers worden gezien? Houders van preferente aandelen en houders van gewone aandelen lopen immers beiden financieel risico. Daarbij worden preferente aandelen en gewone aandelen wel gelijk behandeld voor de heffing van inkomstenbelasting in box 2.

Om een antwoord te krijgen op deze vragen is de volgende probleemstelling geformuleerd.

§1.2 Probleemstelling

Is het bezien vanuit het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten terecht dat een preferente aandeelhouder in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen onder bepaalde voorwaarden als ondernemer wordt gezien en wordt met de gestelde voorwaarden bereikt dat gefaseerde bedrijfsopvolgingen onder het bereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen?

²⁴ Zie onder andere Ganzeveld 2018, De Beer 2009, § 4.1.3, Heithuis 2010, §2.4.2 en de Wijkerslooth-Lhoëst 2009, § 4.4.

²⁵ Van Gijlswijk 2010, p. 429- 438 en De Wijkerslooth-Lhoëst 2009, p. 512- 519.

²⁶ Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting studenteneditie 2018-2019, onderdeel 11.2.0.D.c.

²⁷ Hoogeveen 2012.

²⁸ Heithuis 2010, § 2.4.2d.

²⁹ Ganzeveld 2018.

³⁰ Van der Kroon 2012.

Om de probleemstelling zo goed mogelijk te kunnen behandelen, brengen de volgende deelvragen structuur in dit onderzoek.

Deelvraag een : Wat houdt het begrip preferent aandeel in?

Deelvraag twee : Is het verschil in behandeling van preferente aandelen en gewone aandelen gerechtvaardigd vanuit het doel om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren?

Deelvraag drie : Brengen de voor preferente aandelen gestelde voorwaarden alle reële gefaseerde bedrijfsopvolgingen binnen het bereik van de bedrijfsopvolgings-faciliteiten?

§1.3 Opzet

Hoofdstuk twee zal in het teken staan van het begrip preferent aandeel en wat hier onder zou moeten worden verstaan. Hierbij zal ik naast de fiscale aspecten ook naar de civiele aspecten van het preferent aandeel kijken en daarnaast ook nog naar de behandeling van preferente aandelen volgens het jaarrekeningenrecht. Binnen het onderzoek naar de fiscale aspecten zal worden onderzocht hoe de behandeling van preferente aandelen in het aanmerkelijkbelangregime tot stand is gekomen. Daarna zal in hoofdstuk drie het ondernemerschap van aandeelhouders centraal staan. Hierbij zal ook worden bekeken wat wordt verstaan onder een reële bedrijfsopvolging en zal het ondernemerschap van zowel een aanmerkelijkbelanghouder als een preferente aandeelhouder worden onderzocht. Tot slot zal in dit hoofdstuk de vraag worden beantwoord of de verschillende behandeling van preferente aandelen en gewone aandelen gerechtvaardigd is vanuit het doel om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. De voor preferente aandelen gestelde voorwaarden om te kwalificeren als gefaseerde bedrijfsopvolging zullen in hoofdstuk vier worden behandeld. Daarbij zal worden ingegaan op de ratio achter deze voorwaarden en zal worden gekeken of de gestelde voorwaarden wel in overeenstemming zijn met het doel om gefaseerde bedrijfsopvolgingen te faciliteren. In hoofdstuk vijf zullen eventuele aanbevelingen worden gegeven, worden uit dit onderzoek conclusies getrokken en antwoord gegeven op de probleemstelling.

Hoofdstuk 2 Het preferente aandeel

§2.1 Inleiding

De wetgever is van mening dat preferente aandeelhouders in beginsel moeten worden gekwalificeerd als beleggers.³¹ Alleen wanneer de preferente aandelen zijn uitgegeven in de het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging mogen deze aandelen wel gefacilieerd worden overgedragen.³² Het is echter niet duidelijk wat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moet worden verstaan onder preferente aandelen. In dit hoofdstuk zal ik proberen meer duidelijkheid te verschaffen over de definitie van het begrip preferent aandeel in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Als eerste zullen in §2.2 de civielrechtelijke aspecten van aandelen en soort aandelen worden behandeld om op deze manier een beter beeld te krijgen van het ontstaan van preferente aandelen en de vormgeving hiervan. In §2.3 zal worden besproken hoe de definitie van preferente aandelen in de fiscaliteit vorm wordt gegeven. Voor een compleet beeld zal in §2.4 eveneens worden gekeken naar de behandeling van preferente aandelen in het jaarrekeningenrecht. Als laatste zal in §2.6 een conclusie worden gevormd over de inhoud van het begrip preferent aandeel onder toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

§2.2 Civiele aspecten preferente aandelen

De civielrechtelijke bepalingen voor kapitaalvennootschappen zijn opgenomen in boek twee van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Voor de N.V. zijn deze bepalingen opgenomen in titel vier van boek twee en de bepalingen voor de B.V. staan in titel vijf van dit boek. De bepalingen voor de B.V. en de N.V. zijn vrijwel gelijk aan elkaar. Voor de duidelijkheid zal in het vervolg alleen de bepalingen van de B.V. worden behandeld en mag in het vervolg worden aangenomen dat dezelfde bepaling in N.V.-situaties geldt.

Een B.V. is een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld kapitaal.³³ Aandelen zijn het gedeelte waarin het kapitaal bij statuten is verdeeld.³⁴ Alle aandelen zijn naar verhouding van hun nominale waarde gelijk aan elkaar in rechten en verplichtingen. In de statuten van de vennootschap is het mogelijk om dit anders te regelen.³⁵

In de statuten kan worden vastgelegd dat bijzondere rechten over zeggenschap aan aandelen worden toebedeeld. Zo kan men bepalen dat aan aandelen geen stemrecht wordt toegekend waardoor de

³¹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43 (MvT).

³² Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5 (MvT).

³³ Artikel 2:175, lid 1 BW.

³⁴ Artikel 2:178, lid 1 BW.

³⁵ Artikel 2:201 BW en artikel 2:216, lid 7 BW.

aandeelhouder alleen deelt in de winst en geen zeggenschap heeft (ook wel stemrechtloze aandelen genoemd). Daarnaast kan ook meer zeggenschap worden toegekend aan een aandeel om bijvoorbeeld rechtstreeks een bestuurder te benoemen. Men spreekt dan van prioriteitsaandelen. Naast bijzondere bepalingen over zeggenschap is het ook mogelijk dat bijzondere financiële rechten worden toegekend aan een aandeel. Op deze manier kunnen aandelen worden uitgegeven met uitsluitend stemrecht, dit zijn winstrechtloze aandelen. Daarnaast kan ten aanzien van aandelen de verdeling van de jaarwinst of het liquidatiesaldo anders worden vormgegeven. Dit worden preferente aandelen genoemd.³⁶

In het BW is geen specifieke definitie van preferente aandelen opgenomen. Het BW is wel voorzien van een definitie van aandelen die niet als gewone aandelen wordt aangemerkt. Deze 'soort' aandelen hebben daardoor in beginsel geen voorkeursrecht op uit te geven reguliere aandelen.³⁷ Als 'soort' aandelen worden aangemerkt aandelen die geen recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Daarnaast zijn aandelen die niet boven een bepaald percentage van het nominale bedrag of slechts in beperkte mate daarboven delen in de winst 'soort' aandelen. Ook aandelen die niet boven het nominale bedrag of slechts in beperkte mate daarboven delen in een overschot na vereffening worden als 'soort' aandeel aangemerkt.³⁸ Ik ben van mening dat deze opsomming preferente aandelen omschrijven, omdat de omschrijvingen van deze 'soort' aandelen overeenkomen met wat men in de dagelijkse praktijk verstaat onder preferente aandelen. Deze omschrijvingen zouden daarmee een begin kunnen zijn van een definitie van het begrip preferent aandeel. Ganzeveld en Van Gijlswijk geven aan dat in de praktijk een veelvoud aan modaliteiten bestaan voor preferente aandelen.³⁹ Ik ben het in dit opzicht met Ganzeveld en Van Gijlswijk eens. Van een preferent aandeel is sprake op het moment dat aan een aandeel een bijzonder financieel recht met betrekking tot de gerechtigdheid in de jaarwinst en het liquidatiesaldo is toegeschreven. Het gegeven kader in het BW hoeft naar mijn mening dan ook geen uitputtende omschrijving van het begrip te zijn.

Aandelen worden voor het civiele recht preferente aandelen genoemd wanneer bijzondere rechten aan aandelen worden toegekend in het kader van de gerechtigdheid tot de jaarwinst en het liquidatiesaldo. Bij het opstellen van de statuten kunnen deze bijzondere financiële rechten vormvrij worden toegekend aan de aandelen die worden uitgegeven. Wat een preferente aandeelhouder in de praktijk kenmerkt, is dat hij met voorrang op de gewone aandeelhouders zijn dividend ontvangt dat

³⁶ Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-IIa 2013/308.

³⁷ Artikel 2:206a BW.

³⁸ Artikel 2:206a, lid 2, onderdeel a en b BW.

³⁹ Ganzeveld en Van Gijlswijk 2015, § 2.

bestaat uit een vast percentage over een vast bedrag. De winst die na deze uitkering overblijft, wordt onder de gewone aandeelhouders verdeeld aldus Van Schilfgaarde.⁴⁰

Een veel gebruikt bijzonder financieel recht, naast het reguliere preferente aandeel, is het cumulatief preferente aandeel. De houder van deze soort aandelen behoudt de claim op het dividend dat hij heeft misgelopen in een jaar, indien in dat jaar niet genoeg winst is gemaakt om voldoende dividend uit te kunnen keren. Deze claim wordt afgelost in de volgende jaren waarin wel voldoende winst is behaald. Op deze manier blijft hij altijd recht houden op het afgesproken dividend en heeft een houder van dit soort aandelen meer zekerheid.

§2.3 Preferente aandelen in de fiscaliteit

Voor de inkomstenbelasting vallen de preferente aandelen onder het aanmerkelijkbelangregime.⁴¹ Dit is echter niet altijd zo geweest. In de Wet IB 1964 werd voor de eerste keer aandacht besteed aan preferente aandelen. In §2.3.1 zal worden behandeld waarom preferente aandelen behoren tot het aanmerkelijkbelangregime. In §2.3.2 wordt duidelijk wat een preferent aandeel is in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

§2.3.1 Introductie preferente aandelen in het AB-regime

Om te voorkomen dat aangegroeide winstreserves bij verkoop onbelast naar de privésfeer konden vloeien, is in het besluit IB 1941 de aanmerkelijkbelangregeling ingevoerd. Deze regeling creëerde een heffing over privévermogenswinsten op het verkoopresultaat van de aandelen bij grootaandeelhouders.⁴² Op het moment dat een aandeelhouder samen met zijn familie 25 % of meer van het aandelenkapitaal in bezit had, kwalificeerde hij/zij als aanmerkelijkbelanghouder.⁴³

Met de introductie van de Wet IB 1964 werd de kwalificatietoets aangepast.⁴⁴ Volgens de Wet IB 1964 was iemand aanmerkelijkbelanghouder indien de belastingplichtige al dan niet tezamen met zijn echtgeno(o)t(e) en zijn bloed- en aanverwanten in rechte lijn en in de tweede graad van de zijlijn, voor tenminste $33\frac{1}{3}$ procent, en, al dan niet tezamen met zijn echtgeno(o)t(e), voor meer dan zeven % van het nominaal gestorte kapitaal middellijk dan wel onmiddellijk aandeelhouder was.

Tot deze tijd werd geen rekening gehouden met soort aandelen en alleen gekeken naar de vertegenwoordigde waarden in het nominaal gestort kapitaal. De wetgever is van mening dat de winst die gemaakt wordt bij de verkoop van aandelen welke niet delen in winstreserves of liquidatie-

⁴⁰ Van Schilfgaarde 2013, p. 148.

⁴¹ Op grond van artikel 4.7 Wet IB 2001.

⁴² Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting studenteneditie 2018-2019, onderdeel 4.0.2.A.a.

⁴³ Dijkstra e.a. 2018, §12.1.2.

⁴⁴ Artikel 39, lid 3 Wet IB 1964.

uitkeringen nooit kunnen zien op de reserves van de vennootschap en daarmee ook niet kan worden aangemerkt als winst uit aanmerkelijk belang. Dit is later door de Hoge Raad bevestigd.^{45 46} Bij de invoering van de Wet IB 1964 sloot de wetgever de aandelen die niet deelden in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen uit van het aanmerkelijkbelangeregime, zoals prioriteitsaandelen en preferente aandelen.⁴⁷ Deze aandelen moesten voor de bepaling of sprake is van een aanmerkelijk belang ook niet worden meegewogen.

Deze uitsluiting van de grondslag heeft echter maar standgehouden tot 1974. De Hoge Raad heeft in dat jaar beslist dat de prioriteitsaandelen en preferente aandelen wel meegeteld moesten worden voor de bepaling of sprake was van een aanmerkelijk belang. De verschillende soort aandelen vielen zelf echter nog steeds niet onder de aanmerkelijkbelangregeling.⁴⁸ Door deze beslissing werd het mogelijk om met het plaatsen van preferente aandelen de procentuele omvang van de gewone aandelen te verkleinen naar minder dan $33\frac{1}{3}$ procent. Daarmee vielen die aandelen niet meer onder de aanmerkelijkbelangregeling. Hierdoor vielen vervreemdingsvoordelen en liquidatievoordelen evenmin binnen de aanmerkelijkbelangheffing.

Pas in 1991 werd reparatiewetgeving ingevoerd om dit heffingslek te dichten.⁴⁹ Nog steeds werden preferente aandelen van de aanmerkelijkbelangregeling uitgezonderd, maar dan alleen de aandelen die voldeden aan de in de wet opgenomen definitie. De wetgever sloot van de aanmerkelijkbelangheffing uit, aandelen die recht gaven op een dividend van jaarlijks ten hoogste tien % van het op die aandelen nominaal gestort kapitaal, terwijl dat dividend voor zover mogelijk ook jaarlijks werd uitgekeerd, en welke aandelen bij de ontbinding van de vennootschap niet deelden in de reserves.⁵⁰ Naast deze maatregel werd op dat moment ook de soortbenadering ingevoerd. Wanneer iemand niet voldoet aan de bezitsei van $33\frac{1}{3}$ % van het totale gestorte kapitaal moest worden beoordeeld of dan mogelijk wel sprake was van een soort aanmerkelijk belang. Bij een soort aanmerkelijk belang bezat iemand minimaal $33\frac{1}{3}$ % van het gestorte kapitaal van een aandelensoort, zoals preferente aandelen.⁵¹

Deze definitie heeft echter niet lang staande gehouden. In 1997 werd de definitie alweer losgelaten, omdat een vereenvoudigde soortbenadering werd ingevoerd. Hierdoor was het niet meer van belang

⁴⁵ Kamerstukken II 1962/63, 5 380, nr. 16, p. 24 (VV).

⁴⁶ HR 21 November 1979, nr. 19 297, BNB 1980/100.

⁴⁷ Kamerstukken II 1962/63, 5 380, nr. 19, p. 58 (MvA).

⁴⁸ HR 23 januari 1974, nr. 17 149, BNB 1974/132 en HR 23 januari 1974, nr. 17 194, BNB 1974/133.

⁴⁹ Kamerstukken II 1989/90, 21 033, nr. 12, p. 2 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën 15 mei 1990).

⁵⁰ Artikel 39, lid 3, tweede volzin, Wet IB 1964 (vervallen per 1997).

⁵¹ Artikel 39, lid 3, derde volzin, Wet IB 1964 (vervallen per 1997).

dat een preferent aandeel werd gedefinieerd. Bij de soortbenadering wordt als eerste gekeken of iemand een aanmerkelijk belang in het totaal geplaatst kapitaal heeft.⁵² Wanneer dit niet het geval is, wordt vervolgens gekeken of een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een bepaalde soort. Een vennootschap heeft meerdere soorten aandelen ingeval de aan de aandelen verbonden rechten niet identiek zijn.⁵³ Dit heeft als gevolg dat bij het uitgeven van een preferent aandeel een soorttaandeel ontstaat en de houder van de preferente aandelen, mits hij in bezit is van minimaal vijf % van de preferente aandelen van dezelfde soort, direct onder de aanmerkelijkbelangregeling valt.⁵⁴ Aan welke voorwaarde het preferente aandeel moet voldoen, is daarmee niet meer relevant.

Bij de inwerkingtreding van de Wet IB 2001 zijn op het gebied van de definitie van de preferente aandelen binnen de aanmerkelijkbelangregeling geen ingrijpende wijzigingen doorgevoerd.

§2.3.2 De definitie van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Hoewel door de herziening van het aanmerkelijkbelangregime in 1997 een concrete definitie voor preferente aandelen bij de kwalificatie van een aanmerkelijkbelanghouder overbodig leek te zijn geworden, is de relevantie van een definitie van het begrip preferent aandeel na de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in 2010 des te groter. Immers mogen preferente aandelen alleen gefacilieerd worden verkregen wanneer wordt voldaan aan extra voorwaarden.

Een duidende definitie van het begrip preferent aandeel heeft de wetgever echter bewust niet willen verschaffen. De wetgever wil hiermee voorkomen dat belastingplichtigen de grenzen op gaan zoeken om te voorkomen dat aandelen als preferent kwalificeren.⁵⁵

De omschrijvingen die de wetgever wel geeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel geven maar een beperkt inzicht en zijn tegenstrijdig.⁵⁶ Als eerste geeft de wetgever in de nota naar aanleiding van verslag aan dat is beoogt aan te sluiten bij de definitie die in het spraakgebruik aan preferente aandelen wordt gegeven.⁵⁷ ⁵⁸ Als tweede stelt de wetgever dat alleen preferente aandelen die materieel overeenkomen met een lening, niet in aanmerking komen voor de faciliteit.⁵⁹ Hoewel de definitie in deze eerste twee omschrijvingen redelijk beperkt en duidelijk worden

⁵² In de huidige regeling kwalificeert een aandeelhouder met vijf % van de aandelen in het geplaatst kapitaal als aanmerkelijkbelanghouder.

⁵³ Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 44 (MvT).

⁵⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 43-44 (MvT).

⁵⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100-101. (NV).

⁵⁶ Aldus Ganzeveld en Van Gijlswijk 2015, § 3.1, p. 8.

⁵⁷ De definitie in het spraakgebruik legt de wetgever uit als, aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen. Prioriteitsaandelen waar alleen bijzonder stemrecht aan toe is gekend vallen niet onder het begrip preferent aandeel, als bedoeld in artikel 35c, lid 4 SW 1956.

⁵⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100-101. (NV).

⁵⁹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 7 (Brief Staatssecretaris van Financiën van 30 september 2009).

uitgelegd, geeft de wetgever later aan dat alleen wanneer de aandelen volledig in de winstreserves en liquidatieopbrengsten delen ze niet als preferente aandelen worden gezien. Elke vorm die hiervan afwijkt, kan nu of later worden aangemerkt als preferent aandeel.⁶⁰ In tegenstelling tot de eerste twee omschrijvingen is dit een veel ruimere omschrijving.

Deze omschrijvingen geven duidelijkheid over aandelen die volledig delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen. Dit zijn namelijk gewone aandelen. Het is ook duidelijk dat aandelen die niet delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen worden beschouwd als preferente aandelen. Voor alles wat tussen deze twee mogelijkheden in zit, leidt deze contradictie tot veel rechtsonzekerheid, zoals Ganzeveld en Van Gijlswijk in hun artikel en Heithuis in zijn artikel aangeven.⁶¹ Ik ben het hiermee eens. Zolang geen duidelijkheid bestaat over de definitie kan dit negatieve gevolgen hebben voor reële bedrijfsopvolging. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat ondernemers die hun onderneming over willen dragen hier misschien van afzien vanwege de mogelijke gevolgen op het moment dat zij deze overdracht onjuist vormgeven en dus niet meer in aanmerking kunnen komen voor de faciliteiten. Ik zou er dan ook voor willen pleiten dat de wetgever tenminste met duidelijkheid komt; welke definitie dan uiteindelijk zal worden gebruikt, is naar mijn mening in dit opzicht minder relevant. Ik denk namelijk dat de rechtsonzekerheid schadelijker is voor de continuïteit van de ondernemingen dan een eventueel ruime definitie van het begrip preferent aandeel. Dit komt omdat bij rechtsonzekerheid dit tot uitstel van de bedrijfsopvolging kan leiden en als men toch de bedrijfsopvolging in gang wil zetten, bestaat de kans dat men onverhoopt toch niet in aanmerking komt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten terwijl wel sprake is van een reële bedrijfsopvolging.

In de uitspraken van de wetgever wordt wel duidelijk dat aandelen die recht geven op enkel een vast jaarlijks dividend kwalificeren als preferent aandeel.⁶² De rechtsonzekerheid schuilt vooral in de reikwijdte van de omschrijvingen. Heithuis vraagt zich in zijn artikel af of letteraandelen waarbij aandeel A een andere nominale waarde heeft dan aandeel B ook kwalificeren als preferente aandelen.⁶³ Van der Kroon is van mening dat hier geen sprake van is en ook Ganzeveld en Van Gijlswijk beantwoorden deze vraag ontkennend.⁶⁴ Heithuis hangt deze mening ook aan, alleen spreekt hij geen zekerheid uit over deze aanname anders dan Van der Kroon en Ganzeveld samen met Van Gijlswijk.⁶⁵ Naar mijn mening is ook geen sprake van preferente aandelen bij letteraandelen waarbij alleen de nominale waarde per aandeel anders is, waardoor een verschillende gerechtigdheid tot de winst zou

⁶⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25 (NV).

⁶¹ Ganzeveld en Van Gijlswijk 2015, § 3.1., p. 8 en Heithuis 2010, § 2.4.2.

⁶² Zie Van der Kroon 2012, §2.1.

⁶³ Heithuis 2010, §2.4.2.

⁶⁴ Van der Kroon 2012, §2.1 en Ganzeveld en Van Gijlswijk 2015, § 3.

⁶⁵ Heithuis 2010, §2.4.2.

kunnen ontstaan. De financiële uitwerking bij letteraandelen zijn immers gelijk aan een situatie waarbij alle aandelen een gelijke nominale waarde vertegenwoordigen, maar een aandeelhouder meer aandelen heeft dan een andere.⁶⁶

Van der Kroon stelt dat bij aandelen waarbij de primaire dividenduitkering wordt gedaan op basis van de agio-/dividendreserve niet per definitie gesproken kan worden van preferente aandelen. Daarbij stelt hij dat indien voornoemde aandelen wel als preferent worden aangemerkt de situatie zich voor doet dat beide soorten aandelen als preferent aan moeten worden gemerkt. Dit zou betekenen dat de vennootschap dan alleen maar preferente aandelen kent. Volgens Van der Kroon kan het niet zo zijn dat een vennootschap geen reguliere aandelen heeft.⁶⁷ Ik deel deze mening niet. Het feit dat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten deze aandelen bij uitzondering als preferente aandelen zouden kwalificeren doet niets af aan het feit dat voor de overige wet- en regelgeving het om gewone aandelen gaat. Wel geeft Van der Kroon aan dat een groot verschil in reserves waartoe de aandelen gerechtigd zijn een verschil zou kunnen maken in de kwalificatie. Een aandeel waarbij een vast dividend op een (hoge) reserve, wordt verkregen zou kunnen worden gezien als financiering zoals de wetgever heeft bedoeld. Hierdoor zou het aandeel naar doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als preferent aandeel kunnen kwalificeren.⁶⁸ Wanneer het aandeel naar rato van het nominale kapitaal wel volledig mee zal delen in de overwinst kan weer worden getwijfeld over de kwalificatie. Van der Kroon is van mening dat naar het geheel aan feiten moet worden gekeken om te oordelen of er sprake is van een preferent aandeel. Dat wil zeggen naar de rechten van het aandeel in de reserves en in de overwinst. Met de zeer ruime definitie van de wetgever in het achterhoofd is het echter de vraag of volledig meedelen in de overwinst gelijkgesteld kan worden aan volledig meedelen in de winstreserves. Van der Kroon is net als Ganzeveld en Van Gijlswijk van mening dat zolang deze aandelen volledig meedelen in de overwinst ze niet als preferente aandelen moeten worden aangemerkt.⁶⁹ Anders dan de auteurs ben ik minder stellig over deze bewering. Op het moment dat het onwaarschijnlijk is dat op enig moment sprake is van overwinst door toedoen van de omvang van het primaire dividend over de agio of dividendreserve, is het de vraag of ondanks het volledig delen in de overwinst sprake kan zijn van gewone aandelen. De kans op overwinst is immers onwaarschijnlijk.

In een praktijkvoorbeeld dat in het artikel van Ganzeveld en Van Gijlswijk wordt aangehaald volgt de Belastingdienst de mening van Ganzeveld en Van Gijlswijk en van Van der Kroon, dat een aandeel dat volledig meedeelt in de overwinst niet als preferent aandeel kwalificeert, niet. In deze casus zetten

⁶⁶ In deze vergelijking ga ik uit van het feit dat bij de letter aandelen uitsluitend de nominale waarde verschilt en verder dus volledig gerechtigd is tot zijn deel van de overwinst en liquidatieoverschotten.

⁶⁷ Van der Kroon 2012, §2.1.

⁶⁸ Van der Kroon 2012, §2.1.

⁶⁹ Van der Kroon 2012, §2.1 en Ganzeveld en Van Gijlswijk 2015, § 3.1.

vader en zoon in verband met het vermijden van een aftrekbeperking (vóór 2010) beide hun vordering om in agio. Om de storting aan de eigen aandelen te binden, worden de gewone aandelen omgezet in letteraandelen met een cumulatieve primaire agiovergoeding van 5%, voordat de overwinst pro rata naar het nominale kapitaal wordt verdeeld over de letteraandelen. In deze casus is de Belastingdienst van mening dat beide letteraandelen niet volledig delen in de winstreserves en het liquidatieoverschot en daarmee beide kwalificeren als preferente aandelen. Doordat deze letteraandelen niet op de juiste wijze zijn ontstaan, kwalificeren deze aandelen niet voor de faciliteiten. De Belastingdienst refereert hierbij naar de meest ruime definitie waarbij iedere afwijking van een zuiver gewoon aandeel resulteert in een kwalificatie als preferent aandeel.

In deze casus begrijp ik dat de Belastingdienst de vordering die onderdeel uit maakt van de letteraandelen niet wil laten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Feitelijk is het deel van de letteraandelen dat toeziet op de agiostorting en de primaire vergoeding van 5% vergelijkbaar met een preferent aandeel dat een vast dividend krijgt over de nominale waarde van dit aandeel. Hiermee bestaan de letteraandelen dus eigenlijk uit een deel financiering en een deel eigen vermogen. Dit onderscheid zou mijns inziens ook in de kwalificatie gemaakt moeten worden. De waarde van vordering die is omgezet in agio moet worden gekwalificeerd als preferent aandeel en het deel dat feitelijk ondernemingsvermogen betreft moet gekwalificeerd worden als gewone aandelen. Met deze behandeling wordt meer recht gedaan aan de economische realiteit dan de strikte benadering van de Belastingdienst. De wetgever wil immers alleen dat aandelen die feitelijk als financieringsmiddel worden gebruikt uitzonderen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit als deze niet op de juiste wijze tot stand zijn gekomen. Als de Belastingdienst deze strikte benadering blijft hanteren, bestaat de kans dat ook aandelen die niet vergelijkbaar zijn met een financieringsmiddel niet kwalificeert van de faciliteiten. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever.

Ik ben het eens met Ganzeveld en Van Gijlswijk over het feit dat het goed zou zijn voor de praktijk als een dergelijke kwestie wordt uitgeprocedeerd om duidelijkheid te krijgen over de uitleg van de definitie van preferente aandelen en de stellingname van de Belastingdienst te toetsen aan de doelstelling van de wetgever, namelijk het faciliteren van een reële bedrijfsopvolging.

§2.4 Behandeling preferente aandelen volgens jaarrekeningrecht

Worden preferente aandelen als eigen vermogen of als vreemd vermogen opgenomen in de jaarrekening? In de parlementaire behandeling van preferente aandelen in het kader van de

bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt ook verwezen naar de definitie van preferente aandelen in het jaarrekeningenrecht.⁷⁰

De feitelijke financiële rechten en plichten van aandelen mogen vormvrij worden opgenomen in de statuten van de rechtspersoon.⁷¹ Voor het jaarrekeningrecht wordt voor de kwalificatie van eigen of vreemd vermogen niet alleen gekeken naar de juridische werkelijkheid maar ook naar de economische werkelijkheid.

Dit betreffende op preferente aandelen worden deze aandelen niet direct als eigen vermogen of als vreemd vermogen bestempeld, maar wordt gekeken naar verschillende factoren. De richtlijnen voor de allocatie van vermogen in het jaarverslag en de jaarrekening zijn vastgelegd in verslaggevingsstandaarden. Alle beursgenoteerde bedrijven binnen de Europese Unie zijn verplicht om de bepalingen te volgen die zijn opgenomen in de International Financial Reporting Standards (hierna: IFRS). De IFRS-richtlijnen zijn samengesteld uit de International Accounting Standards (hierna: IAS). Niet beursgenoteerde bedrijven in Nederland zijn niet verplicht om de IFRS te volgen, maar kunnen ook de richtlijnen van de Raad van de Jaarverslaggeving (hierna: Dutch GAAP) gebruiken. Tussen internationale en nationale richtlijnen zitten enkele verschillen voor de behandeling van preferente aandelen. De richtlijnen voor IFRS zijn opgenomen in IAS 32 en de richtlijnen voor Dutch GAAP zijn opgenomen in RJ 240.

Voor IFRS geldt het beginsel 'substance over form'. Daarmee wordt met name gekeken naar de economische realiteit van de preferente aandelen. Deze weegt zwaarder dan de juridische realiteit. Bij IFRS moet wat juridisch als eigen vermogen en economisch als vreemd vermogen kwalificeert, in de jaarrekening als vreemd vermogen worden verantwoord.⁷² Daarbij wordt gesteld dat preferente aandelen volgens IFRS als vreemd vermogen worden aangemerkt wanneer de preferente aandelen recht geven op een vast dividend dat contractueel jaarlijks moet worden uitgekeerd en een vooraf bepaalde aflossingsdatum is afgesproken. Wanneer een aflossingsschema ontbreekt en geen verplicht jaarlijks dividend moeten worden uitgekeerd, worden de preferente aandelen als eigen vermogen aangemerkt.

Bij Dutch GAAP wordt de substance over form benadering niet gehanteerd. De verantwoording als eigen of vreemd vermogen hangt af van de juridische vorm.⁷³ Wanneer sprake is van juridisch eigen vermogen maar de bestanddelen economisch meer op vreemd vermogen lijken, moet dit specifieke vermogensbestanddeel wel worden opgenomen binnen het eigen vermogen maar moeten de

⁷⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26 (NV).

⁷¹ Artikel 2:216 lid 7 BW.

⁷² IAS 32.15.

⁷³ RJ 240.207 en RJ 240.208.

belangrijkste condities extra worden vermeld. Preferente aandelen kwalificeren voor Dutch GAAP als vreemd vermogen tenzij de algemene vergadering van gewone aandeelhouders de dividendbetaling kan tegenhouden.⁷⁴

De kwalificatie als eigen vermogen of vreemd vermogen van preferente aandelen in de jaarrekening is onder zowel IFRS als Dutch GAAP afhankelijk van de voorwaarden. Ik ben van mening dat een vergelijkbare systematiek ook in de fiscaliteit toegepast zou kunnen worden om te kijken of sprake is van een preferent aandeel of een gewoon aandeel. Hierbij geef ik de voorkeur aan de substance over form benadering uit de IFRS-richtlijnen, omdat ik van mening ben dat voor fiscale doeleinden de economische realiteit leidend moet zijn ten opzichte van de juridische realiteit. De juridische realiteit is immers gemakkelijker te manipuleren dan de economische realiteit. Voor de fiscaliteit zou dus naar de kenmerken van de aandelen moeten worden gekeken. Wanneer een aandeel meer kenmerken heeft van vreemd vermogen kan men spreken van een preferent aandeel en wanneer een aandeel meer kenmerken heeft van eigen vermogen kan men spreken van een gewoon aandeel. Het gaat daarbij om bijvoorbeeld het al dan niet aanwezig zijn van kenmerken als een vaste en primaire vergoeding, vaste looptijd en het meedelen in de winstreserves en liquidatie-uitkering.

§2.5 Codificatie van de definitie preferent aandeel in de wet

Het ontbreken van een concrete definitie van het begrip preferent aandeel in de belastingwetgeving brengt veel rechtsonzekerheid met zich mee. Maar zoals in §2.3.2 als is vermeld, heeft de wetgever hier bewust voor gekozen om te voorkomen dat aandelen voor de faciliteiten in aanmerking komen terwijl die daarvoor niet is bedoeld.⁷⁵ Net als Heithuis kan ik deze redenering volgen.⁷⁶ Ik ben wel verbaasd over de manier waarop de wetgever zich heeft uitgelaten tijdens de parlementaire behandeling door verschillende omschrijvingen van preferente aandelen te noemen, zoals ik in §2.3.2 uiteen heb gezet, waarbij deze verschillende definities ook nog eens tegenstellingen opwerpen. Op deze manier is het erg moeilijk om duidelijkheid te krijgen welke richting de wetgever op wil met de definitie van preferente aandelen. De wetgever geeft alleen duidelijk aan dat het niet de bedoeling is dat kapitaalverschaffers die enkel de onderneming financieren bij bedrijfsopvolging te faciliteren.⁷⁷

De rechtsonzekerheid is niet het gevolg van het ontbreken van een definitie in de wet, maar van een wetgever die niet duidelijk is in de uitlatingen die hij doet omtrent de definitie van het begrip preferent aandeel. Een mogelijkheid om deze onzekerheid weg te nemen is door per situatie te kijken of

⁷⁴ Ernst & Young 2018, p. 95.

⁷⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100-101. (NV).

⁷⁶ Heithuis 2010, §2.4.2.

⁷⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.43 (MvT).

aandelen kwalificeren als preferente aandelen of als gewone aandelen. Hiervoor moet worden getoetst aan de criteria van een reële bedrijfsopvolging. Deze criteria zullen in §3.1 worden behandeld.

§2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzoek gedaan naar de definitie van het begrip preferent aandeel in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het is mij duidelijk geworden dat een eenduidige definitie van het begrip preferent aandeel moeilijk te geven is. In civielrechtelijke zin spreekt men van een preferent aandeel op het moment dat aan een aandeel bijzondere financiële rechten zijn verbonden. De vrijheid die het civiele recht geeft aan de invulling van de rechten en plichten brengt met zich mee dat preferente aandelen in eindeloos veel verschillende modaliteiten kunnen worden vormgegeven.

Met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft de wetgever in de parlementaire behandeling verschillende definities gegeven. In de praktijk lijkt het erop dat alle aandelen die niet volledig delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen, worden gezien als preferente aandelen. Zelf ben ik van mening dat deze uitleg niet altijd recht doet aan de economische realiteit. Het mag duidelijk zijn dat aandelen die niet delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen als preferente aandelen moeten worden aangemerkt en aandelen die volledig delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen als gewone aandelen. Alles wat tussen deze twee uitersten in zit, moet wat mij betreft worden beoordeeld op basis van de economische realiteit zoals dit ook in het jaarrekeningenrecht gebeurt. Wanneer aandelen meer kenmerken hebben van vreemd vermogen worden de aandelen als preferent aangemerkt en indien de aandelen meer kenmerken van eigen vermogen hebben worden deze aandelen als gewone aandelen aangemerkt.

Ik ben het met de wetgever eens dat het opnemen van een definitie van preferente aandelen in de wet het risico van misbruik met zich mee brengt. Wel ben ik van mening dat voor iedere situatie afzonderlijk moet worden beoordeeld of er sprake is van een preferent of een gewoon aandeel. In deze situaties moeten worden beoordeeld of sprake is van een reële bedrijfsopvolging. De toetsingscriteria om te beoordelen of sprake is van een reële bedrijfsopvolging zullen in het volgende hoofdstuk worden behandeld.

Hoofdstuk 3 Aanmerkelijkbelanghouders in het kader van een reële bedrijfsopvolging

Nu is behandeld wat onder preferente aandelen wordt verstaan in zowel civielrechtelijke zin, als fiscale zin en daarnaast ook uiteen is gezet hoe preferente aandelen in het jaarrekeningenrecht behandeld worden, zal in dit hoofdstuk worden onderzocht of de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aansluiten bij de reële bedrijfsopvolging van vermogensbestanddelen in het aanmerkelijkbelangregime. In §3.1 zullen de criteria van een reële bedrijfsopvolging die De Beer heeft opgesteld aan de hand van de parlementaire behandeling worden beschreven. In §3.2 en §3.3 de criteria van De Beer worden gebruikt om vast te stellen of een aanmerkelijkbelanghouder van gewone aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een ondernemer is en of het rechtvaardig is dat een preferente aandeelhouder aan extra voorwaarden moet voldoen om in aanmerking te komen voor de faciliteiten.

§3.1 Wat moet worden verstaan onder reële bedrijfsopvolging?

De wetgever wil met de faciliteiten bereiken dat een reële bedrijfsopvolging plaats kan vinden zonder dat deze bedrijfsopvolging door de fiscale regelgeving wordt belemmerd. Hoewel uit onderzoek is gebleken dat een definitie van de reële bedrijfsopvolging niet bestaat,⁷⁸ heeft de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wel een beeld geschetst met wat hij verstaat onder reële bedrijfsopvolging. De Beer geeft aan dat naar het oordeel van de wetgever een reële bedrijfsopvolging moet voldoen aan drie voorwaarden; als eerste het betrokkenheidscriterium, daarnaast het winstgerechtigheidscriterium en als laatste het opvolgingscriterium.⁷⁹ Uit dit beeld valt tevens op te maken dat de wetgever alleen ‘echt’ ondernemerschap wil faciliteren. De wetgever wil hier indien nodig zelfs inbreuk maken op de ‘normale’ fiscale regels als de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten hierom vraagt.⁸⁰

Het betrokkenheidscriterium omschrijft De Beer als volgt: *“De overdrager geeft als (mede) beleidsbepaler leiding aan de onderneming van de vennootschap en beïnvloedt uit dien hoofde de winstgevendheid ervan.”*

De Beer omschrijft het winstgerechtigheidscriterium als volgt: *“De overdrager heeft – via zijn (aanmerkelijkbelang-)aandelenbelang in de vennootschap – recht op de winsten van de vennootschap en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt.”*

⁷⁸ M.J. Hoogeveen 2011, §5.2.1.

⁷⁹ De Beer 2010, §4 en de in dit artikel aangehaalde citaten uit de parlementaire geschiedenis.

⁸⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 26.

Als laatste beschrijft De Beer het opvolgingscriterium: *“De opvolger zet de positie van de overdrager voort.”*

Deze criteria zal ik meenemen in de beoordeling of de wetgever preferente aandelen terecht alleen onder bepaalde voorwaarde laat kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

§3.2 Het ondernemerschap van de aanmerkelijkbelanghouder

Zoals ik in §3.1 heb geconcludeerd, wil de wetgever alleen ‘echte’ ondernemers gebruik laten maken van een gefacilieerde bedrijfsoverdracht. In principe maakt het voor de wetgever niet uit of de ondernemer in de winstsfeer onderneemt⁸¹ of in de aanmerkelijkbelangsfeer^{82,83}. De Beer en Hoogeveen geven aan dat het lastig blijkt om de ondernemer in de aanmerkelijkbelangsfeer te definiëren.⁸⁴ Dit heeft voornamelijk te maken met de invulling van het aanmerkelijkbelangbegrip. Deze is, anders dan het IB-ondernemersbegrip, niet ingestoken om invulling te geven aan het ondernemerschap in maatschappelijke en economisch opzicht; ook niet indien de vennootschap een materiële onderneming drijft.⁸⁵ Dit betekent niet dat de aanmerkelijkbelanghouder geen ondernemer in het maatschappelijke en economisch opzicht kan zijn. Een aanmerkelijkbelanghouder kan worden gezien als ondernemer wanneer hij invloed heeft in de bedrijfsuitoefening en ondernemerswerkzaamheden verricht. De beloning die de ondernemer ontvangt voor zijn werkzaamheden mag niet zeker zijn en de omvang van die beloning is volledig voor zijn rekening en risico.⁸⁶ De combinatie van de onzekere beloning en het leidinggeven, zijn voor De Beer en Hoogeveen belangrijke aanwijzingen om te stellen dat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit een aanmerkelijkbelanghouder in gewone aandelen gelijk is te stellen met een ondernemer. Hierbij merken zij wel op dat het gebruik van een bedrijfsleider de faciliteit niet in de weg hoeft te staan wanneer de aandeelhouder vanuit zijn functie als bestuurder leiding geeft aan de vennootschap.⁸⁷ Het betrokkenheids criterium en het winstgerechtigheids criterium zoals is besproken in §3.1 sluiten bij deze conclusie aan.

De voorwaarden die de wetgever heeft gesteld aan kwalificatie voor de faciliteiten sluiten echter niet volledig aan op de definitie van reëel ondernemerschap, namelijk een belang van 5% in de vennootschap. Zo heeft de wetgever wel meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders uitgesloten, omdat zij naar de omvang van het belang niet als ‘echte’ ondernemer kwalificeren. Daarentegen heeft

⁸¹ Hier spreekt men van wanneer iemand kwalificeert als ondernemer op grond van artikel 3.2 Wet IB 2001.

⁸² Hier wordt men als ondernemer gekwalificeerd wanneer men een aanmerkelijk belang bezit op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001.

⁸³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.42-43 (MvT).

⁸⁴ De Beer en Hoogeveen 2019, § 2.

⁸⁵ Rijkers en van Dijck 2000, § 3.5.

⁸⁶ Van Kempen 2000, p. 197-198.

⁸⁷ De Beer en Hoogeveen 2019, §3.4.

de wetgever deze lijn niet doorgetrokken naar de fictief aanmerkelijk belangen en indirecte aanmerkelijk belangen van kleiner dan 5% die onder voorwaarden wel kwalificeren. De Beer oordeelt dat dit een keuze is van de wetgever om de reële bedrijfsopvolgingsgedachte hier los te laten en het continuïteitsbeginsel in deze te volgen. Dat een fictief aanmerkelijk belang ooit tot een echt aanmerkelijk belang heeft behoord, is volgens de Beer niet relevant als argument om dit belang te laten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die alleen reële bedrijfsopvolging wenst te faciliteren. Deze mening deel ik ook. Bij een fictief aanmerkelijk belang is immers geen sprake meer van ondernemerschap. Van ondernemerschap is pas sprake bij een belang van meer dan 5% in het geplaatste aandelenkapitaal in de vennootschap. Hiermee is dan ook van een reële bedrijfsopvolging geen sprake bij de overdracht van een fictief aanmerkelijk belang.⁸⁸ Ik ben dan ook van mening dat de fictieve aanmerkelijkbelanghouders net als de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouders uitgesloten hadden moeten worden van de faciliteiten. Daarnaast heeft de wetgever aangegeven preferente aandeelhouders meer als beleggers te zien dan als ondernemers en alleen als dit aandeelhouderschap is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging mogen deze vermogensbestanddelen ook gefacilieerd worden overgedragen. De wetgever heeft met deze uitsluitingen kenbaar gemaakt dat de kwalificatie als aanmerkelijkbelanghouder niet per definitie gelijk te stellen valt met het drijven van een onderneming. Het ondernemerschap van preferente aandeelhouders zal in §3.3 verder worden uitgewerkt.

Hoewel het winstgerechtigheids criterium nog terug te vinden is in de extra voorwaarden voor de preferente aandeelhouders, is het betrokkenheids criterium binnen de bedrijfsopvolgingsregeling in zijn geheel genegeerd. Voor de doorschuifregeling is wel een werknemerseis opgenomen. Deze werknemerseis staat echter niet in verhouding met het betrokkenheids criterium zoals de wetgever het betrokkenheids criterium had omschreven. Voor de werknemerseis hoeft alleen 36 maanden direct voorafgaand aan de overdracht te worden voldaan. Wat na de overdracht gebeurt, is in deze niet relevant. Zo kan de verkrijger na de overdracht uitdiensttreden en als passieve aandeelhouder verder gaan zonder dat hier gevolgen aan zijn verbonden met betrekking tot de doorschuiffaciliteit. De eerst voorgestelde bestuurderseis kwam meer in de buurt van het betrokkenheids criterium, maar na veel verzet is aangesloten bij de werknemerseis zoals deze nu in de wet staat.⁸⁹ Volgens De Beer is het de vraag of met deze wijziging de werknemerseis als voorwaarde voor een reële bedrijfsopvolging nog wel passend is en of deze voorwaarden al dan niet in zijn geheel beter kan worden geschrapt. De Beer zou dan ook voorstander zijn om een voorzettingstermijn van vijf jaar te introduceren ten aanzien van

⁸⁸ De Beer 2010, § 6.

⁸⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20, p. 15-16 (Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 november 2009).

de werknemerseis daar deze termijn gelijk is aan de termijn die wordt gehanteerd bij de voortzettingseis in bedrijfsopvolgingsregeling^{90, 91}

Uit de parlementaire behandeling is gebleken dat de wetgever betrokkenheid van de opvolger erg belangrijk vindt in het kader van een reële bedrijfsopvolging. De wetgever heeft het echter nagelaten om dit te vertalen in de juiste voorwaarden. De wetgever heeft buiten de eerdergenoemde uitzonderingen de kwalificatie als aanmerkelijkbelanghouder gelijkgesteld met betrokken-ondernemerschap. Een optiehouder die mogelijk nooit aandeelhouder wordt kan hierdoor toch kwalificeren als ondernemer voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en ditzelfde geldt voor een soort aanmerkelijk belang dat ten opzichte van het totaal maar een gering belang vertegenwoordigt. De soort aandelen worden in de praktijk vaak gebruikt om ander vermogen te laten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.⁹² De Beer en Hoogeveen geven daarnaast aan dat het ontbreken van een betrokkenheids criterium tot gevolg heeft dat een reguliere aanmerkelijkbelanghouder die zijn aanmerkelijk belang als belegging houdt wel kwalificeert voor de faciliteiten, maar in maatschappelijk en economisch opzicht niet als ondernemer zou kwalificeren.⁹³

Waar het betrokkenheids criterium in de voorwaarden schittert door afwezigheid terwijl dit volgens de wetgever wel als kernwaarde is benoemd, heeft de wetgever daarentegen wel gemeend een bezits- en voortzettingseis voor de bedrijfsopvolgingsregeling in te moeten voeren. De Beer en Hoogeveen zijn van mening dat in het kader van de reële bedrijfsopvolging en het 'echte' ondernemerschap het helemaal niet relevant is hoe lang of kort iemand als ondernemer kwalificeert. Ik deel deze mening, De Beer en Hoogeveen geven ook een voorbeeld waarbij een vader een onderneming koopt met het oogmerk die onderneming voor zijn rekening en risico te gaan drijven en de dag daaropvolgend verongelukt. In dit geval is het redelijk om te spreken van een reële bedrijfsopvolging, hoe kort het ondernemerschap van vader ook is geweest.⁹⁴ Daartegenover is het aanschaffen van een materiële onderneming door een beleggingsvennootschap in het zicht van overlijden geen reële bedrijfsopvolging. Wanneer de ouder de bezitstermijn van een jaar overleeft, wordt geacht sprake te zijn van een reële bedrijfsopvolging maar feitelijk is hier echter geen sprake van. Deze problematiek speelt ook bij het voortzettingsvereiste. De Beer en Hoogeveen geven aan dat een vereiste voortzetting

⁹⁰ Artikel 35e SW 1956.

⁹¹ De Beer 2010, § 10.

⁹² In het artikel van De Beer en Hoogeveen 2019, § 3.4 wordt een in de praktijk veel gebruikt voorbeeld aangehaald. Hierbij wordt een indirect soort aanmerkelijk belang teneinde van verhuurde panden aan de werk vennootschap van de kinderen alsmede de aan die vennootschap ter beschikking gestelde gelden door de toepassing van de toerekening bepalingen onder de faciliteit te brengen. De Beer en Hoogeveen stellen terecht dat deze constructie ook zonder duidelijkheid over de exacte definitie van bedrijfsopvolging in de economische praktijk niets van doen heeft met een bedrijfsopvolging.

⁹³ Dit wordt bevestigd in WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling 2018, p. 1.

⁹⁴ De Beer en Hoogeveen 2019, § 4.1.

wel onderdeel hoort te zijn van een de definitie van reële bedrijfsopvolging, maar een harde bezits- en voortzettingstermijnen op zichzelf geen deel uitmaken van de definitie van de reële bedrijfsopvolging.⁹⁵ De Beer en Hoogeveen pleiten voor het omzetten van een harde bezits- en voortzettingstermijn naar een bezits- en voortzettingseis die meer aansluit op het motief en de intentie van de belastingplichtigen.⁹⁶ Een tegenbewijsregeling binnen de bezits- en voortzettingstermijn zou hiervoor al voldoende zijn.

Al met al concluderen De Beer en Hoogeveen dat de voorwaarden die zijn gesteld met betrekking tot de reële bedrijfsopvolging van aanmerkelijkbelanghouders niet helemaal overeen komen met de definitie die de wetgever in de parlementaire behandeling aan de reële bedrijfsopvolging heeft toegekend.⁹⁷ Hierna zal het ondernemerschap van preferente aandeelhouders binnen de criteria van de reële bedrijfsopvolging worden getoetst om te oordelen of de houder van deze soort aandelen terecht meer als belegger kunnen worden gezien dan als ondernemer.

§3.3 Het ondernemerschap van preferente aandeelhouders

Zoals in de vorige paragraaf al is aan gehaald, is de wetgever van mening dat preferente aandeelhouders meer te vergelijken zijn met beleggers dan met ondernemers. De wetgever baseert deze mening op de veronderstelling dat de houders van preferente aandelen feitelijk niets anders zijn dan financiers van een onderneming.⁹⁸ De preferente aandelen waar de wetgever in deze situatie over spreekt zijn, zoals uitgewerkt in §2.3.2, alle aandelen die niet volledig meedelen in de liquidatiereserves en winstreserves van de onderliggende vennootschap. Het niet meedelen in de liquidatiereserves en winstreserves betekent volgens De Beer en Hoogeveen dat de omvang van de beloning voor de werkzaamheden niet volledig voor rekening van de preferente aandeelhouder is.⁹⁹ De preferente aandeelhouder deelt immers niet mee boven het afgesproken rendement op de preferente aandelen in deze situatie, met als gevolg dat een preferente aandeelhouder geen ondernemer is in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

In de literatuur worden twee argumenten aangedragen die pleiten tegen de kwalificatie van preferente aandeelhouders als belegger. Ten eerste wordt gesteld dat preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsregeling niet anders moeten worden behandeld dan reguliere aandelen, omdat ze beide onder het aanmerkelijkbelangregime vallen. Dit is het standpunt van Heithuis en Dijkstra.¹⁰⁰

⁹⁵ De Beer en Hoogeveen 2019, § 4.1.

⁹⁶ De Beer en Hoogeveen 2019, § 5.

⁹⁷ De Beer en Hoogeveen 2019, § 7.

⁹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 31 390, nr. 9, p. 97.

⁹⁹ De Beer en Hoogeveen 2019, § 3.4.

¹⁰⁰ Heithuis 2009, § 3.3.1, Dijkstra 2011 § 4.4.

Daarnaast stelt De Wijkerslooth-Lhoëst nog dat preferente aandeelhouders als kapitaalverschaffers dezelfde risico's lopen als reguliere aandeelhouders waardoor ze niet uit zouden moeten worden gesloten van de faciliteiten.¹⁰¹

Heithuis en Dijkstra stellen dat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geen onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de verschillende aanmerkelijkbelanghouders. Heithuis stelt dat gezien de keuze om in de vennootschapsbelasting geen materiële ondernemingseis in te stellen voor de vaststelling van de subjectieve belastingplicht, het ook niet voor de hand ligt om wel een materiële ondernemingseis in te voeren bij de aanmerkelijkbelangregeling, zelfs niet als het alleen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt gebruikt.¹⁰² Dijkstra en De Wijkerslooth-Lhoëst stellen dat de belasting die betaald moet worden over aandelen die niet als ondernemingsvermogen kwalificeren tot liquiditeitsproblemen kunnen leiden en de continuïteit van de ondernemingen in gevaar kan brengen.¹⁰³ Ik ben niet van mening dat alle aanmerkelijkbelanghouders zouden moeten kwalificeren voor de faciliteiten louter omdat het aanmerkelijkbelanghouders zijn. De ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is een andere dan die van het heffen van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Ik deel de mening van Hooegeveen hierin. Zij geeft aan dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een uitzondering zijn op de heffingsratio van de inkomstenbelasting bij aanmerkelijkbelanghouders. De wetgever rechtvaardigt deze uitzondering, omdat hij vindt dat de heffing van belasting niet mag leiden tot continuïteitsproblemen voor de onderneming. Dit verschil in ratio rechtvaardigt de verschillende behandeling tussen de verschillende aanmerkelijkbelanghouders. Immers niet iedere aanmerkelijkbelanghouder is gelijk te stellen met een ondernemer. Kwalificatie als aanmerkelijkbelanghouder is dus op zichzelf geen reden om een bedrijfsopvolgingsfaciliteit te verlenen.¹⁰⁴ Met betrekking tot de liquiditeitsproblemen ben ik van mening dat dit wel degelijk een probleem zou kunnen vormen. Anders dan bijvoorbeeld blijvend overtollige liquide middelen zijn preferente aandelen moeilijk liquide te maken om de belasting te kunnen voldoen. Ik ben van mening dat voor preferente aandelen die niet in aanmerking komen voor de faciliteit en waarover dus afgerekend moet worden gebruik moeten kunnen maken van een renteloos uitstel van betalingsregeling om op deze manier liquiditeitsproblemen te voorkomen.

Daarnaast wordt nog als tweede argument gesteld dat preferente aandeelhouders als kapitaalverstrekkers hetzelfde risico lopen als reguliere aandeelhouders. De Wijkerslooth-Lhoëst geeft aan dat reguliere aandeelhouders ook kapitaalverstrekkers zijn en daarbij lopen de preferente

¹⁰¹ De Wijkerslooth-Loest 2009, § 4.4.

¹⁰² Heithuis 2009, § 3.3.1.

¹⁰³ Dijkstra 2011 § 4.4 en De Wijkerslooth-Lhoëst 2009, § 4.4.

¹⁰⁴ Hooegeveen 2012, § 5.1.

aandeelhouders dezelfde risico's als gewone aandeelhouders. Dit is volgens haar dan ook geen juist argument om de preferente aandeelhouders anders te behandelen dan reguliere aandeelhouders.¹⁰⁵ De redactie van Vakstudie Nieuws stelt dat preferente aandeelhouders een groot risico lopen ten aanzien van het terug te betalen kapitaal en het verkrijgen van rendement. Het risico is vaak zo groot dat externe kapitaalvestrekkers deze financiering niet willen aangaan.¹⁰⁶ Daarnaast wijst Tigelaar-Klootwijk nog op het feit dat de houder van preferente aandelen ook nog achtergesteld zijn ten opzichte van reguliere vreemd vermogen verstrekkers en is het ook nog mogelijk om zeggenschapsrechten te verwerven als preferent aandeelhouder, iets wat voor vreemd vermogen verschaffers veelal niet mogelijk is.¹⁰⁷

Daarentegen geeft Hoogeveen aan dat het risico dat preferente aandeelhouders lopen ten opzichte van gewone aandeelhouders niet met elkaar te vergelijken valt. De preferente aandeelhouder ontvangt feitelijk alleen dividend en deelt niet mee in de winstreserves en de liquidatiereserves van de onderneming, waardoor een preferente aandeelhouder minder is te vergelijken met een ondernemer en meer met een belegger.¹⁰⁸ Dit is ook de reden dat de wetgever preferente aandelen uitsloot van het aanmerkelijkbelangregime bij de invoering van de Wet IB 1964, zoals ik al heb beschreven in §2.3.1.

Meijer en Denneboom zetten helder uiteen of zij vinden dat een preferent aandeel als aandeel of als obligatie gewaardeerd moet worden. De houders van preferente aandelen lopen alleen het risico dat de onderneming failliet gaat. Doordat dit risico wordt verdisconteerd in het rendement op preferente aandelen is daarmee het risico afgedekt en is dit risico irrelevant geworden. Een gewoon aandeel loopt het risico dat de dividendstroom lager wordt en loopt daarnaast ook het risico dat de onderneming failliet gaat. Hierdoor zijn Meijer en Denneboom van mening dat een preferent aandeel als obligatie gewaardeerd moet worden en daarmee als financieringsmiddel en niet als eigen vermogen.¹⁰⁹

§3.4 Deelconclusie

Het is duidelijk geworden dat een concrete definitie van reële bedrijfsopvolging moeilijk is te geven. De Beer heeft wel een aantal criteria die de wetgever stelt aan een reële bedrijfsopvolging uit de parlementaire behandeling op kunnen maken. Als eerste heeft de overdrager als beleidsbepaler leiding aan de onderneming gegeven en uit dien hoofde de winstgevendheid beïnvloedt, het betrokkenheids criterium. Hoewel uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever betrokkenheid erg belangrijk vindt, heeft de wetgever verzuimd dit goed in de regelgeving van de

¹⁰⁵ De Wijkerslooth-Lhoëst 2009, § 4.4.

¹⁰⁶ Redactie Vakstudie Nieuws 2009.

¹⁰⁷ Tigelaar-Klootwijk 2013, § 4.2.4.

¹⁰⁸ Hoogeveen 2012, § 5.2.

¹⁰⁹ Meijer en Denneboom 2014, § 2.

faciliteiten te verankeren. De werknemerseis bij de doorschuifregeling is door het ontbreken van consequenties bij wijziging van de arbeidspositie na de overdracht 'een wassen neus'. De betrokkenheidseis ontbreekt in de bedrijfsopvolgingsregeling helemaal. Ik ben dan ook van mening dat de invoering van een werknemerseis voor de bedrijfsopvolgingsregeling zal zorgen voor een meer reële bedrijfsopvolging. Deze werknemerseis zal voor een goede werking niet alleen drie jaar voor de overdracht moeten gelden, maar ook vijf jaar na de overdracht en zal deze eis moeten worden aangevuld met de voorwaarde dat de werknemer betrokken moet zijn geweest bij de bedrijfsvoering van de onderneming en dus niet alleen als afwashulp of vakkenvuller heeft gewerkt. De vijf jaarstermijn is een vergelijkbare termijn als die van de voortzettingseis bij de bedrijfsopvolgingsregeling en daardoor naar mijn mening een rechtvaardige termijn, mits in deze eis ook een tegen bewijsregeling wordt opgenomen voor situaties waarbij wel sprake is van reële bedrijfsopvolging, maar niet wordt voldaan aan de termijn (bijvoorbeeld conform artikel 14a, lid 6 Wet VPB 1969).

Als tweede heeft de overdrager onbeperkte rechten op de winsten van zijn onderneming, het winstgerechtigheids criterium. Als gewone aandeelhouder wordt aan deze voorwaarde voldaan, gewone aandelen delen immers onbeperkt mee in de winstreserves en de liquidatie-uitkeringen. Een preferent aandeel voldoet niet aan dit criterium. Dit aandeel deelt niet of beperkt mee in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen.

Als laatste criterium moet de opvolger de positie van de overdrager voortzetten, het opvolgingscriterium. Op het moment dat de werknemerseis wordt gewijzigd en de opvolger ten minste vijf jaar moet blijven werken in de onderneming en in deze periode betrokken moet zijn geweest bij de bedrijfsvoering van de onderneming wordt mijns inziens voldaan aan het opvolgingscriterium.

Een preferente aandeelhouder voldoet niet aan het winstgerechtigheids criterium. Ik kan concluderen dat in de literatuur veel verschillende meningen omtrent de kwalificatie van preferente aandelen in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bestaan.

In de literatuur worden twee argumenten voor de kwalificatie van preferente aandelen als ondernemingsvermogen aangedragen. Als eerste wordt gesteld dat preferente aandelen ook onder het aanmerkelijkbelangregime vallen. Ten tweede wordt gesteld dat de preferente aandeelhouder vergelijkbare risico's loopt als de gewone aandeelhouders en indien de verkrijger van de preferente aandelen deze aandelen moet laten inkopen om de belastingschuld te kunnen voldoen ontstaan mogelijk ook problemen met de continuïteit van de vennootschap.

Contra wordt tegen deze argumenten in gebracht dat het helemaal niet zo hoeft te zijn dat alle aanmerkelijkbelanghouders moeten kwalificeren voor de faciliteiten, daar niet alle aanmerkelijkbelanghouders als ondernemers kwalificeren. De risico's zijn niet helemaal gelijk, daar preferente aandeelhouders maar beperkt of helemaal niet gerechtigd zijn tot de winstreserves en liquidatieuitkeringen en tevens vrij weinig risico lopen om hun vergoeding niet te krijgen. Het enigste risico dat preferente aandeelhouders lopen, is het risico op faillissement en dit risico is verdisconteerd in het rendement van de preferente aandelen.

Dit alles overziend ben ik van mening dat de houder van preferente aandelen inderdaad meer als financier kan worden gezien dan als ondernemer. Ik ben dan ook van mening dat de wetgever terecht alleen preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van de bedrijfsopvolging wil faciliteren. In het volgende hoofdstuk ga ik onderzoek doen naar de opgestelde voorwaarden die de grondvorm omschrijven van preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van de bedrijfsopvolging en waarvoor de wetgever het dus wel gerechtvaardigd vindt om te kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarbij onderzoek ik of met deze voorwaarden de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolging te faciliteren wordt behaald.

Hoofdstuk 4 De voorwaarden voor reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen.

§4.1 Inleiding

De wetgever wil met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voorkomen dat een reële bedrijfsopvolging belemmerd wordt door de heffing van belasting. Onder reële bedrijfsopvolging verstaat de wetgever voor de toepassing van de BOR, een ondernemer die zijn onderneming overdraagt aan een overnemer die de onderneming als ondernemer voortzet. In het kader van een reële bedrijfsopvolging is de wetgever van mening dat houders van preferente aandelen in beginsel beleggers zijn en daarmee niet in aanmerking komen voor een gefacilieerde overdracht van de preferente aandelen. Alleen wanneer de preferente aandelen zijn ontstaan en verkregen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging acht de wetgever het gerechtvaardigd dat de preferente aandelen gefacilieerd worden overgedragen.¹¹⁰ Om dit te bewerkstelligen, heeft de wetgever in artikel 35c lid 4 SW 1956 een in de praktijk veelvuldig gebruikte grondvorm van een gefaseerde bedrijfsopvolging geprobeerd vorm te geven door middel van de vier voorwaarden die ik in §4.2 zal benoemen. Deze voorwaarden zijn extra voorwaarden naast de voorwaarden die op basis van artikel 35b lid 5 SW 1956 voor de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen toch al gelden.

De grondvorm zoals deze in de wet is opgenomen omvat niet alle gefaseerde bedrijfsoverdrachten. Om situaties die gelijk te stellen zijn met de grondvorm ook te laten kwalificeren, zijn deze situaties zoveel mogelijk opgenomen in artikel 8 Uitv.reg. S&E. De wetgever weet ook dat de praktijk weerbarstiger is dan de theorie doet geloven.¹¹¹ Voor de situaties waarin de uitvoeringsregeling niet toereikend is, heeft de staatssecretaris bij beleidsbesluit in een besluit uit 2013 meer duidelijkheid willen verschaffen en nadere goedkeuringen gegeven.¹¹²

Voor de doorschuifregelingen in de aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 2001 is per maart 2018 een nieuw beleidsbesluit gepubliceerd.¹¹³ Ook daarin staan verduidelijkingen en goedkeuringen met betrekking tot de preferente aandelen. Het beleidsbesluit voor de BOR in de Successiewet 1956 is echter nog niet geactualiseerd en wijkt vooralsnog op onderdelen af van het besluit over de doorschuifregelingen. De wetgever wil beide faciliteiten echter zoveel mogelijk gelijk behandelen.¹¹⁴ De voorwaarden waaraan preferente aandelen moeten voldoen om te kwalificeren voor de

¹¹⁰ Zie § 3.4.

¹¹¹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97-98 (NV).

¹¹² Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M.

¹¹³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139.

¹¹⁴ Kamerstukken II, 2008/09, 32 129, nr. 3, p. 5 (MvT).

doorschuifregelingen, verschillen dan ook niet van de voorwaarden die gelden voor de BOR. Ik verwacht dan ook dat de staatssecretaris de wijzigingen die zijn doorgevoerd in het kader van de doorschuiffaciliteit in het AB-besluit bij een actualisering van het BOR-besluit aldaar in gelijke zin zullen worden meegenomen.¹¹⁵

In dit hoofdstuk ga ik onderzoeken of de gestelde voorwaarden aan preferente aandelen er toe leiden dat de doelstelling wordt behaald om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Per voorwaarde wordt gekeken of de voorwaarde aansluit bij de reële bedrijfsopvolging in de praktijk. Indien een voorwaarde niet aansluit bij de reële bedrijfsopvolging in de praktijk zal worden onderzocht hoe deze aansluiting wel gevonden kan worden. Bij het onderzoeken naar de gestelde aanvullende voorwaarden ga ik er, tenzij anders vermeld, vanuit dat aan de overige voorwaarden wordt voldaan die gelden voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

§4.2 De voorwaarden om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toe te passen

Om gebruik te mogen maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moet worden voldaan aan een aantal voorwaarden. Deze voorwaarden moeten bewerkstelligen dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd. Om binnen het bereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te komen, moeten gewone aandeelhouders ten aanzien van de BOR voldoen aan de voorwaarden die zijn genoemd in artikel 35b lid 5 SW 1956. Ten aanzien van de doorschuifregelingen moeten zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 4.17a Wet IB 2001 bij vererving en artikel 4.17c Wet IB 2001 bij schenking. Voor houders van preferente aandelen gelden dezelfde voorwaarden. Daarnaast moeten de houders van preferente aandelen nog voldoen aan vier extra voorwaarden:¹¹⁶

1. de preferente aandelen moeten een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
2. de omzetting van preferente aandelen moet gepaard gaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
3. ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen moet de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hebben een onderneming drijven als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001, of een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet IB 2001, en

¹¹⁵ Zie ook Heithuis 2018, § 5.5.

¹¹⁶ Artikel 35c, lid 4 SW 1956 en artikel 4.17a lid 3 Wet IB 2001.

4. de verkrijger van de preferente aandelen moet reeds voor ten minste 5% van de gewone aandelen van het geplaatste kapitaal bezitten die op grond van voorwaarde twee zijn toegekend aan een ander.

Deze voorwaarden beschrijven de grondvorm van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. Hierna zullen deze voorwaarden verder worden toegelicht en zal ook worden bekeken of deze voorwaarden de gefaseerde bedrijfsopvolging binnen het bereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten brengt. Waar nodig zullen aanbevelingen worden gedaan die er toe moeten leiden dat de voorwaarden wel aansluiten op de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolging te faciliteren.

§4.3 Voorwaarde een: preferente aandelen vormen omzetting van gewone aandelen

§4.3.1 De eerste voorwaarde van het vierde lid

De eerste fase van een bedrijfsopvolging volgens de grondvorm is het omzetten van de als aanmerkelijkbelanghouder gehouden gewone aandelen in preferente aandelen, zoals is beschreven in artikel 35c lid 4 sub a SW 1956. Deze voorwaarde geeft naar mijn mening een juiste invulling aan het idee van de wetgever dat preferente aandelen een voortzetting vormen van een als ondernemer gehouden aandelenpakket. De wetgever kan hierdoor rechtvaardigen dat de ruime vrijstelling ook voor de verkrijging van preferente aandelen kan gelden. De keuze om niet iedere aanmerkelijkbelanghouder voor de faciliteit in aanmerking te laten komen, heeft de wetgever bewust genomen. Zoals in §3.2 is besproken, wil de kwalificatie voor de aanmerkelijkbelangregeling volgens de wetgever nog niet zeggen dat men ook kan spreken van ondernemerschap. Hierdoor is het meetrek aanmerkelijk belang uitgesloten en aan preferente aandelen worden extra voorwaarden gesteld.

Laat het nu zo zijn dat een meetrek aanmerkelijk belang wel voor de faciliteiten in aanmerking kan komen als dat wordt omgezet in preferente aandelen en deze preferente aandelen wel een aanmerkelijk belang vormen op grond van artikel 4.7 lid 1 sub b Wet IB 2001. Deze handeling kan een aanmerkelijk belang op basis van de meetrekregeling omzetten in een soort aanmerkelijk belang. Hoewel dit niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest staat de eerste voorwaarde dit niet in de weg. Immers wordt een aanmerkelijk belang van gewone aandelen omgezet in preferente aandelen. Wanneer ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan, kan het preferente aandelenkapitaal gefacilieerd worden overgedragen. Op het moment dat deze omzetting niet had plaatsgevonden kwam het meetrek aanmerkelijk belang niet voor de faciliteiten in aanmerking. Op deze manier is het ook mogelijk een fictief aanmerkelijk belang te laten kwalificeren voor de faciliteiten. Mijns inziens kan dit nooit de bedoeling van de wetgever zijn geweest en dient dit te worden gerepareerd. Artikel 35c lid 4 sub a SW 1956 zou kunnen worden aangevuld met een expliciete uitsluiting van de faciliteit voor de preferente aandelen die een omzetting vormen van een meetrek

aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang. Ik ben het immers ook niet eens met de wetgever dat hij de fictieve aanmerkelijkbelanghouder toegang verschaft tot de faciliteit zoals ik al heb aangegeven in §3.2.¹¹⁷

§4.3.2 De bepalingen in de uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting

§4.3.2.1 Situaties die ook voldoen aan de omzettingsvoorwaarde

In het eerste lid van artikel 8 Uitv.reg. S&E¹¹⁸ zijn verschillende situaties opgenomen waarbij de uitgegeven preferente aandelen ook voldoen aan de omzettingsvoorwaarde. Het gaat om aandelen die zijn uitgegeven in het kader van een aandelenfusie, een juridische splitsing of juridische fusie dan wel een bedrijfsfusie.¹¹⁹ Dit geldt ook voor indirect gehouden aandelen zo blijkt uit artikel 8 lid 3 slot Uitv.reg. S&E. In het meest recente AB-besluit is een goedkeuring opgenomen voor preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van een geruisloze omzetting ex artikel 3.65 Wet IB 2001. De staatssecretaris keurt deze preferente aandelen ook goed voor voorwaarde twee en vier. Aan deze goedkeuring zijn naast de reguliere voorwaarden nog een aantal extra voorwaarden verbonden. Als eerste moeten de bij de omzetting uitgereikte gewone en preferente aandelen aan elkaar gekoppeld blijven. Daarnaast moeten de preferente aandelen gelijktijdig worden verkregen als de daar aan gekoppelde gewone aandelen. Als derde moeten de gewone en preferente aandelen gelijktijdig door de bedrijfsopvolger worden verkregen. Als laatste geldt de goedkeuring alleen voor de preferente aandelen die in verband met de geruisloze omzetting zijn verkregen. De goedkeuring geldt eveneens voor de situatie waarbij twee of meer deelnemers in een samenwerkingsverband hun onderneming in een persoonlijke houdstervennootschap inbrengen op grond van artikel 3.65 Wet IB 2001 en de houdstervennootschappen vervolgens hun onderneming met toepassing van artikel 14 Wet VPB 1969 uit laten zakken en de werkmaatschappij daarbij preferente aandelen uitrekt, waardoor de preferente aandelen feitelijk op een indirect niveau ten opzichte van de deelnemers worden gecreëerd. De verwachting is dat deze goedkeuring ook in het nieuwe BOR-besluit zal worden overgenomen zoals ik in de inleiding van dit hoofdstuk al heb vermeld.^{120 121}

¹¹⁷ Ik ben wel van mening dat zolang de wetgever een fictief aanmerkelijk belang toegang verschaft tot de faciliteit, ook de preferente aandelen die een omzetting vormen van een fictief aanmerkelijk belang moeten kwalificeren voor de faciliteit.

¹¹⁸ Voor de doorschuifregeling is een vergelijkbare bepaling opgenomen in artikel 26b Uitv.reg. IB 2001 en dit artikel mag dan ook in de plaats van art 8 Uitv.reg. S&E worden gelezen.

¹¹⁹ Een aandelenfusie zoals bedoeld in artikel 3.55 Wet IB 2001, een juridische splitsing als bedoeld in artikel 3.56 Wet IB 2001, een Juridische fusie als bedoeld in artikel 3.57 Wet IB 2001 en een bedrijfsfusie als bedoeld in artikel 14 Wet VPB 1969.

¹²⁰ AB-besluit van 9 maart 2018, onderdeel 5.5.3.

¹²¹ Een geruisloze omzetting als bedoeld in artikel 3.65 Wet IB 2001.

§4.3.2.2 Verrijging van preferente aandelen via erfrecht of huwelijksvermogensrecht

In het tweede lid van artikel 8 Uitv.reg. S&E is geregeld dat situaties waarin aandelen worden verkregen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht en de erflater of echtgeno(o)t(e) de aandelen heeft omgezet. Daarmee wordt de faciliteit verleend als de preferente aandelen bijvoorbeeld door boedelscheiding aan de partner zijn toegekomen en via deze partner de aandelen bij de beoogd bedrijfsopvolger terecht komen. Deze bepaling ziet ook toe op de situatie dat de preferente aandelen worden verkregen door de beoogd bedrijfsopvolger via de langstlevende. Op het moment dat de langstlevende de aandelen overdraagt aan de kinderen kwalificeren de preferente aandelen in beginsel niet, omdat de langstlevende de gewone aandelen niet heeft omgezet in preferente aandelen. Artikel 8, lid 2 Uitv.reg. S&E geeft voor deze situatie dus een oplossing. Deze bepaling regelt dus niet dat de partner de preferente aandelen gefacilieerd kan verkrijgen, maar regelt dat de partner de preferente aandelen gefacilieerd kan overdragen aan de bedrijfsopvolger. Van der Kroon noemt deze maatregel dan ook een doekje voor het bloeden.¹²² Ik ben het met hem eens. De langstlevende zelf kan de preferente aandelen immers niet gefacilieerd verkrijgen. De heffing van erf- en schenkbelasting over deze verkrijging kan problemen met de continuïteit veroorzaken. In het licht van de ratio van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten om de continuïteit van een onderneming bij reële bedrijfsopvolging niet in gevaar te brengen, ben ik dan ook van mening dat de verkrijging door de langstlevende, wanneer deze verkrijging feitelijk onderdeel is van een gefaseerde bedrijfsopvolging,¹²³ ook voor de verkrijging door de langstlevende een goedkeuring zou moeten worden gegeven.

§4.3.2.3 Gelijke behandeling direct en indirect gehouden aandelen

Het derde lid van artikel 8 Uitv.reg S&E bepaalt zoals eerder al vermeld dat direct en indirect gehouden preferente aandelen in beginsel gelijk moeten worden behandeld voor de faciliteiten. Een uitzondering op deze gelijke behandeling is het ontbreken van een verwijzing naar indirect gehouden aandelen in het tweede lid van artikel 8 Uitv.reg S&E in de situatie dat deze worden verkregen via erfrecht of huwelijksvermogensrecht. Gezien de gedachte van de wetgever om directe en indirecte aandelen zo veel mogelijk gelijk te behandelen, verwacht Van der Kroon dat dit een omissie is van de wetgever en hij pleit dan ook voor het herstel van deze fout.¹²⁴ Ik zie zelf ook geen enkele reden waarom de wetgever indirecte aandelen in deze situatie anders zou behandelen dan direct gehouden aandelen en

¹²² Van der Kroon 2012, § 2.2.

¹²³ Op het moment dat in het testament wordt beschreven dat de aandelen onder last worden verkregen door de langstlevende, waarbij de last stelt dat de aandelen tijdens leven of na het overlijden van de langstlevende verplicht moet worden verkregen door de bedrijfsopvolger. Hiermee is naar mijn mening voldoende geborgd dat de verkrijging door de langstlevende feitelijk onderdeel uitmaakt van een gefaseerde bedrijfsopvolging.

¹²⁴ Van der Kroon 2012, § 2.2.

deel daarom de mening van Van der Kroon. In de uitvoeringsregeling zou dan ook moeten worden opgenomen dat lid twee van artikel 8 ook geldt in de situatie van indirect gehouden aandelen.

§4.3.2.4 Kwalificatie preferente aandelen bij verkrijger

Als preferente aandelen eenmaal de status hebben van gekwalificeerd ondernemingsvermogen voor de faciliteiten, blijft deze status van kracht zolang de preferente aandelen gekoppeld blijven aan de gewone aandelen. Van deze koppeling is sprake op het moment dat de preferente aandelen verkregen zijn door de bedrijfsopvolger. De bedrijfsopvolging is daarmee voltooid en de opvolger bezit nu alle aandelen, zowel de gewone als de preferente. Zolang de opvolger de gewone aandelen niet vervreemdt, blijven de preferente aandelen kwalificeren als ondernemingsvermogen. Op het moment dat de opvolger een deel van de gewone aandelen vervreemdt, kwalificeert een evenredig deel van de preferente aandelen niet meer als ondernemingsvermogen. Deze regeling is opgenomen in artikel 8 lid vier Uitv.reg. S&E. De tweede generatie bedrijfsopvolger heeft bij de omzetting de gewone aandelen in preferente aandelen waarschijnlijk geen gewone aandelen gekregen, waardoor niet meer wordt voldaan aan de extra voorwaarden. Deze regeling voorkomt de situatie dat de opvolger de preferente aandelen weer in moet kopen om te voorkomen dat de faciliteiten in de toekomst niet meer van toepassing zouden zijn.¹²⁵

§4.3.3 Goedkeuringen bij beleidsbesluit

Naast de bepalingen in de uitvoeringsregelingen heeft de wetgever in het BOR-besluit nog twee concrete goedkeuringen gegeven voor situaties die regelmatig voor komen en op basis van de wettekst niet in aanmerking komen voor de faciliteit. De eerste is de situatie waarbij geen gewone aandelen zijn uitgegeven, omdat de ander ten tijde van de omzetting al gewone aandelen in bezit had. In deze situatie wordt niet voldaan aan de tweede voorwaarde. Deze voorwaarde zal verder worden behandeld in §4.4. De tweede goedkeuring gaat over de situatie dat de aandelen zijn verkocht tegen schuldigerkenning en waarbij de vordering op de verkrijger op dezelfde dag nog is omgezet in preferente aandelen.¹²⁶ Dit gaat om situaties die zijn ontstaan voor 1 januari 2010 waardoor op dat moment nog geen rekening kon worden gehouden met de op 1 januari 2010 aanvullende regels. In het BOR-besluit dat van kracht was tussen 14 april 2011 en 1 februari 2013 gaf de staatssecretaris expliciet aan dat omzettingen in preferente aandelen die voor 2010 hebben plaatsgevonden en door de aanvullende regels niet kwalificeren voor de faciliteiten bij de staatssecretaris konden worden voorgelegd om op basis van de hardheidsclausule van artikel 63 AWR te worden beoordeeld of alsnog goedkeuring kon worden gegeven.¹²⁷ Het beroep op de hardheidsclausule heeft in 2013 plaats

¹²⁵ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 29. (NV).

¹²⁶ BOR-besluit van 17 januari 2013, § 3.9 en AB-besluit van 9 maart 2018, § 5.5.

¹²⁷ BOR-besluit van 4 april 2011, § 3.9.

gemaakt voor de twee hiervoor genoemde concrete goedkeuringen. De redactie van Vakstudie Nieuws is van mening dat met het verdwijnen van deze expliciete uitnodiging van de staatssecretaris om concrete situaties te laten beoordelen op de hardheidsclausule ook de mogelijkheid om deze concrete situaties in te dienen, is verdwenen.¹²⁸ Van der Kroon is echter van mening dat het altijd mogelijk is om een beroep te doen op de hardheidsclausule en voor deze mogelijkheid helemaal geen basis ligt in een beleidsbesluit.¹²⁹ Ik deel de mening van Van der Kroon. Het schrappen van de expliciete uitnodiging van het doen van een beroep op de hardheidsclausule in het beleidsbesluit belemmert de mogelijkheid om gebruik te maken van de hardheidsclausule in algemene zin niet.

In algemene zin faciliteert de eerste voorwaarde reële bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen. Wel blijkt uit mijn onderzoek dat de voorwaarde op een aantal punten verbeterd kan worden om nog beter aan te sluiten bij het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen met preferente aandelen.

§4.4 Voorwaarde twee: omzetting gepaard met toekennen van gewone aandelen aan een ander.

Wanneer de gewone aandelen op een juiste wijze zijn omgezet in preferente aandelen komt de tweede voorwaarde aan bod. De omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen, de eerste voorwaarde, moet gepaard gaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander zoals is beschreven in artikel 35c lid 4 sub b SW 1956. Deze voorwaarde is eigenlijk op te delen in drie delen. Als eerste ‘gepaard gaan met’, daarnaast ‘het uitgeven en toekennen van gewone aandelen’ en als laatste ‘aan een ander’.

§4.4.1 Gepaard gaan met

De omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen moet dus gepaard gaan met de uitgifte van gewone aandelen aan een ander. In deze context staat ‘gepaard gaan met’ voor de eis dat een causaal verband moet bestaan tussen het omzetten in preferente aandelen door de overdrager en de uitgegeven aandelen aan de wellicht toekomstige overnemer. Dit wil niet zeggen dat direct bij de omzetting gewone aandelen uit moeten worden gegeven aan een ander. Het belang zit hem in het causale verband tussen de twee handelingen. Zolang het causale verband bestaat, wordt voldaan aan de tweede voorwaarde veronderstelt De Beer.¹³⁰ Deze gedachte lijkt mij gezien vanuit het doel om reële bedrijfsopvolging te faciliteren ook goed. Wanneer pas op een later moment de gewone aandelen worden uitgegeven aan de beoogde bedrijfsopvolger doet dat niets af aan de intentie om een gefaseerde bedrijfsopvolging tot stand te laten komen. Deze intentie om een gefaseerde

¹²⁸ Redactie Vakstudie Nieuws 2013, §3.9.

¹²⁹ Van der Kroon 2012, § 2.2.

¹³⁰ De Beer 2009, § 4.1.3.b.

bedrijfsopvolging tot stand te laten komen, is mijns inziens voldoende voor het aannemen van een causaal verband tussen de omzetting in preferente aandelen en de uitgifte aan een ander. Daarnaast hoeft de overnemer pas bij de overdracht van de preferente aandelen te voldoen aan de 5%-eis van de vierde voorwaarde.¹³¹ De noodzaak van een directe uitgifte van gewone aandelen zie ik in het kader van een reële bedrijfsopvolging dan ook niet, zo lang maar van een causaal verband tussen de omzetting en de uitgifte kan worden gesproken.

§4.4.2 Het uitgeven en toekennen van gewone aandelen

Door in de voorwaarden op te nemen dat de uit te geven aandelen gewone aandelen moeten zijn, wil de wetgever tot uitdrukking brengen dat de bedrijfsopvolger als ‘echte ondernemer’ bij de vennootschap betrokken moet zijn. Het is alleen in deze situatie gerechtvaardigd om de preferente aandelen gefacilieerd te verkrijgen. Zoals in §2.3 besproken gaat de wetgever uit van de definitie dat een aandeel alleen een gewoon aandeel is wanneer deze volledig recht heeft op alle winstreserves en liquidatie-uitkeringen. Aan de tweede voorwaarde wordt niet voldaan op het moment dat winstbewijzen worden uitgegeven in plaats van aandelen. De wetgever wijst in de parlementaire behandeling op het feit dat bij hem geen praktijkvoorbeelden bekend zijn en er daardoor geen behoefte is om deze vorm van gefaseerde bedrijfsopvolging op te nemen in de regeling, om zo de wettekst niet onnodig complex te maken.¹³² Heithuis vindt deze argumentatie om het niet te regelen onvoldoende.¹³³ Ik ben het met Heithuis eens. Hoewel misschien weinig gebruik gemaakt wordt van een structuur met winstbewijzen is dit nog geen reden om dit niet op te nemen in de wet. De wetgever geeft immers aan dat hij alle vormen van gefaseerde bedrijfsopvolgingen wil faciliteren. Dit is nu niet het geval. De toezegging van de staatssecretaris dat de regeling wordt aangepast indien dit nodig wordt bevonden doet daar niets aan af.¹³⁴ Ik ben dan ook van mening dat de toezegging niet afdoende is. De wetgever moet deze vorm van gefaseerde bedrijfsopvolging volledigheidshalve ook opnemen in de regeling en de bal niet bij de belastingplichtige neerleggen.

In de literatuur wordt veel kritiek geuit over het begrip ‘toekennen’ dat te beperkt wordt gevonden.¹³⁵ Deze beperking zit in de situatie waarbij een bedrijfsopvolger die voor de omzetting al een aanmerkelijk belang bezit en daardoor eigenlijk geen nieuwe aandelen meer nodig heeft niet voor de faciliteit in aanmerking kan komen. Immers worden in deze situatie geen aandelen toegekend aan een ander. De auteurs pleiten dan ook voor een goedkeuring van de staatssecretaris in deze situatie. Gezien de ratio van de faciliteiten lijkt het mij dan ook niet meer dan logisch dat deze goedkeuring

¹³¹ Deze eis zal in §4.6 worden behandeld.

¹³² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 (NV).

¹³³ Heithuis 2010, § 3.5.2.3.C, p. 98.

¹³⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 45 (NVV).

¹³⁵ Zie o.a.: De Beer 2009, § 4.1.3.b, Van der Kroon 2012, § 2.2, Heithuis 2010, §2.4.2.

gegeven moet worden. Het kan niet zo zijn dat een bedrijfsopvolger die al als aandeelhouder betrokken is bij de onderneming niet voor de faciliteiten in aanmerking komt terwijl dit toch eigenlijk het voorbeeld is van hoe een reële bedrijfsopvolging moet verlopen.

Zoals in §4.3 aan de orde is geweest, heeft de wetgever een goedkeuring opgenomen in het beleidsbesluit voor situaties waarbij voor 2010 gewone aandelen zijn omgezet en geen nieuwe aandelen zijn uitgegeven maar waarbij de opvolger al wel reeds een aanmerkelijk belang in bezit had.¹³⁶ Dit is echter uitsluitend van toepassing op situaties van voor 1 januari 2010, waarbij op het moment van omzetting een ander ook gewone aandelen hield. De goedkeuring geldt dan ook uitsluitend voor de gewone aandelen die al in handen van de ander waren, de verkrijger van de preferente aandelen moet op het moment van verkrijging tenminste 5% van het totaal geplaatst kapitaal houden en deze aandelen moeten de gewone aandelen zijn waar hiervoor goedkeuring is gegeven. Deze goedkeuring ziet ook alleen op de preferente aandelen die zijn ontstaan op het moment dat de gewone aandelen zijn omgezet in preferente aandelen. Mijns inziens zou de wetgever deze goedkeuring ook voor situaties na 2010 toe moeten passen, zoals ik hiervoor ook al heb betoogd.

§4.4.3 Aan een ander

Het laatste deel van de tweede voorwaarde betreft het toekennen van de gewone aandelen 'aan een ander'. De uitgegeven gewone aandelen moeten aan een ander worden toegekend. Voor een ander kan iedereen worden gelezen, behalve de erflater/schenker. De Beer is van mening dat het wel mogelijk is om mede aan de erflater/schenker gewone aandelen toe te kennen. De bepaling stelt immers niet dat de gewone aandelen *uitsluitend* 'aan een ander' moeten worden toegekend.¹³⁷ Naar de letter van de wet is de constatering van De Beer correct, maar of de wetgever dit ook zo heeft bedoeld weet ik niet. Op het moment dat deze visie ook door de wetgever wordt gevolgd kan een erflater/schenker die in algehele gemeenschap van goederen is getrouwd de gewone aandelen toekennen aan de gemeenschap. Bij deze toekenning verkrijgt de erflater/schenker de helft van de aandelen en de echtgeno(o)t(e) de andere helft en is de erflater/schenker medeverkrijger.

Op het moment dat de erflater/schenker de aandelen aan zichzelf wil toekennen om ze vervolgens te schenken onder uitsluitingsclausule te schenken of vererven aan de bedrijfsopvolger voldoet echter niet aan deze voorwaarden, want de gewone aandelen worden niet aan een ander toegekend. Wat wel vreemd is want in deze situatie is wel sprake van een reële bedrijfsopvolging maar deze wordt niet gefacilieerd. Ik ben van mening dat in deze situatie de faciliteit ook van toepassing moet zijn, omdat er sprake is van een intentie om de aandelen over te dragen aan de bedrijfsopvolger.

¹³⁶ AB-Besluit van 9 maart 2018, § 5.5.1 en BOR-Besluit van 17 januari 2013, § 3.9.1.

¹³⁷ De Beer 2009, § 4.1.3.

De ratio van de wetgever achter de tweede voorwaarde is in beginsel begrijpelijk en in overeenstemming met het faciliteren van een reële bedrijfsopvolging in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. De bedrijfsopvolger moet immers op enig moment toetreden als ondernemer. De tweede voorwaarde in de huidige vorm draagt mijns inziens echter niet voldoende bij aan het faciliteren van reële bedrijfsopvolging.

§4.5 Voorwaarde drie: ten tijde van de omzetting was sprake van een actieve onderneming.

Een reële bedrijfsopvolging is natuurlijk geen bedrijfsopvolging op het moment dat de aandelen niet worden gehouden in een actieve onderneming. Deze ratio wil de wetgever uitdragen in de derde voorwaarde. Deze voorwaarde bepaalt dat ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hebben gehad een onderneming dreef als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid hield in de zin van artikel 3.3 lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001. Deze medegerechtigdheid moet wel een voortzetting zijn van een eerder voor rekening van de vennootschap gedreven onderneming.

Met de materiële ondernemingstoets brengt deze derde voorwaarde een extra toetsingsmoment in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit met betrekking tot de preferente aandelen. Zoals bij alle bedrijfsopvolgingssituaties vindt deze toets plaats op het moment van schenken of erven. Bij een bedrijfsopvolging met preferente aandelen vindt deze toets dus ook plaats op het moment dat de gewone aandelen om worden gezet in preferente aandelen. Deze dubbele toets werpt bij Van der Kroon vragen op over de rechtvaardigheid van deze voorwaarde.¹³⁸ Hij geeft hierbij het voorbeeld dat een belastingplichtige die 100% van de gewone aandelen in een beleggingsvennootschap verkrijgt en deze vennootschap vervolgens een materiële onderneming gaat drijven, de latere overgang wel kwalificeert voor de faciliteit. Wanneer echter de gewone aandelen in de beleggingsvennootschap worden omgezet in preferente aandelen kunnen deze nooit meer kwalificeren voor de faciliteiten, ook niet op het moment dat de vennootschap wel weer een materiële onderneming drijft. De wetgever rechtvaardigt deze extra toets omdat hij de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen als eerste stap in de gefaseerde bedrijfsopvolging beschouwt.¹³⁹ Van der Kroon geeft aan dat dit argument flinterdun is. Het hoeft immers niet zo te zijn dat bij de uitgifte van de gewone aandelen die gepaard gaan met de omzetting terecht komen bij de bedrijfsopvolger. Daarnaast geeft Van der Kroon ook nog aan dat de bedrijfsopvolger slechts 5 % van de uitgegeven gewone aandelen in bezit moet

¹³⁸ Van der Kroon 2012, § 2.2.

¹³⁹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 98 (NV).

hebben op het moment van het verkrijgen van de preferente aandelen.¹⁴⁰ Dit betekent dat 95 % van de aandelen ook bij niet-beoogde bedrijfsopvolgers terecht kan komen. Dit alles maakt het dat Van der Kroon van mening is dat op het moment van omzetting slechts in zeer beperkte mate sprake is van een bedrijfsopvolging.¹⁴¹ Daarnaast wijst Van der Kroon ook nog op het ontbreken van nadere eisen met betrekking tot de materiële ondernemingstoets. Volgens Van der Kroon kan al worden voldaan aan deze voorwaarde wanneer een vennootschap een frietkraam en overigens € 100 miljoen beleggingen bezit.¹⁴² De Beer geeft aan dat deze voorwaarde door het ontbreken van een voortzettingsvereiste na de omzetting niet bijdraagt aan het beoogde doel om reële bedrijfsopvolging te faciliteren. De voorwaarde voorziet immers niet in een verbod op het wijzigen van de activiteiten van de vennootschap in de tijd tussen de omzetting en de overdracht.¹⁴³ Ik deel de mening van de Beer over deze voorwaarde. De faciliteiten blijven behouden, mits de vennootschap op het moment van overdracht een onderneming drijft.¹⁴⁴

Ik ben van mening dat het terecht is dat op het moment van omzetting wordt getoetst op de aanwezigheid van een materiële onderneming. Het kan zo zijn dat de beleggingsvennootschap in een later stadium wel een materiële onderneming gaat drijven, alleen op het moment van omzetten zien de preferente aandelen toe op een beleggingsvennootschap en dat verandert niet meer. Het voorbeeld van Van der Kroon dat ik hiervoor aanhaal met betrekking tot het verschil in behandeling tussen preferente aandelen en gewone aandelen en de wijziging van de activiteiten van de vennootschap zijn daarmee mijns inziens irrelevant.

§4.6 Voorwaarde vier: de verkrijger houdt een aanmerkelijk belang in de uitgegeven gewone aandelen.

§4.6.1 Voldoen aan de 5%-eis

De vierde en laatste voorwaarde stelt dat de verkrijger van de preferente aandelen op het moment van de verkrijging in bezit moet zijn van tenminste 5% van het geplaatste kapitaal van de gewone aandelen als bedoeld in voorwaarde twee. Omdat in veel gevallen het aandeel van de preferente aandelen in het geplaatste kapitaal groot is en mogelijk zelfs meer dan 95% zou het moeilijk of soms zelfs niet mogelijk zijn om te voldoen aan deze voorwaarden. De wetgever heeft dit ingezien en in artikel 8 lid 5 Uitv.reg S&E opgenomen dat voor de beoordeling van de 5%-eis de preferente aandelen

¹⁴⁰ Dit is de vierde voorwaarden hier zal ik in §4.6 verder op ingaan.

¹⁴¹ Van der Kroon 2012, § 2.2.

¹⁴² Van der Kroon 2012, § 2.2.

¹⁴³ De Beer 2009, § 4.1.3.b.

¹⁴⁴ Zie artikel 35c, lid 1, sub c SW 1956

niet tot het geplaatst kapitaal worden gerekend.¹⁴⁵ Eveneens is in het BOR-Besluit opgenomen dat pas bij het verkrijgen van de preferente aandelen de verkrijger in het bezit moet zijn van de 5% van de toegekende gewone aandelen.¹⁴⁶ In §4.6.3 zal ik de voor de vierde voorwaarde relevante onderdelen van het beleidsbesluit behandelen.

Hoewel deze voorwaarde beoogt de laatste fase van een gefaseerde bedrijfsopvolging te illustreren, blijkt uit de literatuur dat deze voorwaarde een reële bedrijfsopvolging niet altijd faciliteert. Door in de vierde voorwaarde te verwijzen naar de gewone aandelen als bedoeld in voorwaarde twee, in plaats van te verwijzen naar de vennootschap waar deze gewone aandelen betrekking op hebben, zou men kunnen stellen dat de verkrijger van de preferente aandelen maar in bezit hoeft te zijn van 5% van de geplaatste aandelen die bij voorwaarde twee na de omzetting aan een ander zijn toegekend. Dit belang kan lager zijn dan de 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal van de vennootschap.

Dit kan nooit de bedoeling van de wetgever zijn geweest en naar mijn mening kan in deze situatie dan ook niet worden gesproken van een reële bedrijfsopvolgingssituatie. Immers heb ik in §3.2 geconcludeerd dat van ondernemerschap in de aanmerkelijkbelangsfeer gesproken kan worden vanaf een aanmerkelijk belang van gewone aandelen van 5% of meer welke de wetgever als ondergrens heeft gesteld. De eerste uitleg kan volgens mij dan ook nooit de bedoeling zijn geweest van de wetgever. Deze gedachte bevestigt de wetgever mijns inziens ook in de parlementaire geschiedenis. De wetgever geeft daarbij aan dat de verkrijger van de preferente aandelen als ‘ondernemer’ betrokken moet zijn bij de onderneming waarin hij deze preferente aandelen verkrijgt. De voorwaarde hiervoor is dan ook dat de verkrijger reeds voor 5% aandeelhouder was van gewone aandelen in de vennootschap waarin hij de preferente aandelen verkrijgt.¹⁴⁷

Om deze reden ben ik van mening dat de verwijzing in de vierde voorwaarde naar de tweede voorwaarde uit de wet moet verdwijnen. Dit is een belemmerende bepaling die geen meerwaarde heeft voor het faciliteren van reële bedrijfsopvolging. In plaats van deze referentie naar de tweede voorwaarde zou mijns inziens moeten worden bepaald dat ten tijde van het verkrijgen van de preferente aandelen sprake moet zijn van een bezit van tenminste 5 % van het geplaatste gewone aandelenkapitaal in de vennootschap waarvan de preferente aandelen worden verkregen. Immers is 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal de door de wetgever gestelde grens om gezien te worden als ‘echte ondernemer’.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21. (NvW).

¹⁴⁶ BOR-Besluit van 17 januari 2013, § 3.9.

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p.21 (NvW).

Het is belangrijk dat een verkrijger die is getrouwd in algehele gemeenschap van goederen mogelijk niet voldoet aan de vierde voorwaarde wanneer de verkrijger 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal houdt in de goederengemeenschap en daarmee eigenlijk maar 2,5% bezit. Dit is niet voldoende om te voldoen aan de vierde voorwaarde. Zoals ik in §3.2 al heb betoogd, ben ik van mening dat alleen van een ‘echte ondernemer’ kan worden gesproken wanneer de verkrijger in het bezit is van 5% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal. Heithuis geeft aan dat de wettekst geen ruimte biedt om de 5%-eis ‘al dan niet tezamen’ te lezen.¹⁴⁸ Ik ben het met Heithuis eens en in het geval van een huwelijksgoederengemeenschap betekent dit, dat pas wordt voldaan aan de vierde voorwaarde op het moment dat de gemeenschap in bezit is van 10% van het geplaatste gewone aandelenkapitaal.

§4.6.2 Behandeling vruchtgebruik/bloot eigendom situaties

In beginsel voldoet een vruchtgebruik/bloot eigendom situatie niet aan de vierde voorwaarde. Dit komt voort uit het feit dat een vruchtgebruiker civielrechtelijk geen aandeelhouder is. Hierdoor kan een vruchtgebruiker die reeds het vruchtgebruik heeft van 5% van de gewone aandelen civielrechtelijk geen aandeelhouder zijn.¹⁴⁹ Echter wordt een vruchtgebruiker voor toepassing van alle bepalingen binnen het aanmerkelijkbelangregime gelijkgesteld aan aandeelhouders op grond van artikel 4.3 Wet IB 2001. Dit artikel is dus ook van toepassing op de doorschuiffaciliteit. De reikwijdte van de bepaling is dus alleen het aanmerkelijkbelangregime met het gevolg dat deze gelijkstelling niet op de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing is, ware het niet dat artikel 35c lid 8 SW 1956 afdeling 4.2 Wet IB 2001, waaronder artikel 4.3 Wet IB 2001, van overeenkomstige toepassing verklaart. Hierdoor wordt een vruchtgebruiker voor beide faciliteiten gelijkgesteld met een aandeelhouder en zou een vruchtgebruiker op basis hiervan voldoen aan de vierde voorwaarde.

De staatssecretaris heeft om onduidelijkheid te voorkomen een goedkeuring opgenomen in het AB-Besluit. Hij keurt daarin goed dat het recht van vruchtgebruik op aandelen voor de toepassing van de vierde voorwaarde kwalificeert als gewoon aandeel.¹⁵⁰ De staatssecretaris erkent ook dat de wettelijke basis in beginsel voldoende zou moeten zijn om als vruchtgebruiker te voldoen aan de vierde voorwaarde en noemt deze goedkeuring dan ook een ‘voor zover nodig goedkeuring’. Heithuis definieert deze goedkeuring niet per se nodig maar wel prettig. Hij is zelf ook van mening dat artikel 4.3 Wet IB 2001 gewoon van toepassing is, maar op deze manier is het voor de praktijk in ieder geval zeker dat de faciliteiten van toepassing zijn bij vruchtgebruikers die preferente aandelen verkrijgen.

¹⁴⁸ Heithuis 2015, p. 38-39.

¹⁴⁹ Op basis van artikel 2:197 BW.

¹⁵⁰ AB-Besluit van 9 maart 2018, § 5.2.2 en BOR-Besluit van 17 januari 2013, § 3.10.

Als gevolg van een WOB-verzoek is een aantal casusposities openbaar gemaakt waar de kennisgroep over de bedrijfsopvolgingsregeling van de Belastingdienst een antwoord op heeft geformuleerd. Uit dit document komt naar voren dat de kennisgroep van mening is dat de vruchtgebruiker op basis van de civiele opvatting niet voldoet aan de voorwaarde om gefacilieerd preferente aandelen te kunnen ontvangen. Ze wijzen daarbij op het feit dat ten opzichte van preferente aandelen zelfstandig eisen worden gesteld waaraan moet worden voldaan en dat daarbij de verwijzing naar de Wet IB 2001 derhalve niet voor deze bepalingen geldt.¹⁵¹ Ik ben het hier niet mee eens. Zoals ik hiervoor al heb beschreven is artikel 4.3 Wet IB 2001 gewoon van toepassing en deel ik de mening van de redactie van Vakstudie Nieuws. Zij wijst op het missen van artikel 35c lid 8 SW 1956 in de argumentatie van de kennisgroep en geven daarmee aan dat het standpunt van de kennisgroep, zowel vanuit de tekst van de wet als vanuit de ratio van de regeling niet houdbaar is.¹⁵²

§4.6.3 Behandeling beleidsbesluit

Naast de volgens Van der Kroon per omissie uitgesloten indirecte aandelen bij de verkrijging via huwelijksgoederenrecht of erfrecht in artikel 8 lid 2 Uitv.reg. S&E, zie §4.3.2.2, geeft het ontbreken van de termen direct of indirect gehouden in de vierde voorwaarde veel onduidelijkheid. In artikel 8 lid 3 sub d Uitv.reg S&E staat dat de bedrijfsopvolger direct of indirect aandeelhouder moet zijn van de gewone aandelen. Door dat wordt verwezen naar de term aandeelhouder wordt de verwachting geschapen dat het om het houden van de aandelen zelf gaat en niet om het houden van het indirect houden van een belang. Volgens Van der Kroon kwalificeren naar de letter van de wet direct verkregen preferente aandelen hierdoor niet, wanneer de bedrijfsopvolger de gewone aandelen houdt door middel van een holding.¹⁵³ Deze onduidelijkheid heeft de staatssecretaris in het nieuwe AB-Besluit weggenomen door een ‘voor zover nodig’ goedkeuring te geven dat een verkrijger van preferente aandelen die voor ten minste 5 % van het geplaatste kapitaal indirect aandeelhouder is van gewone aandelen ook kwalificeren voor de vierde voorwaarde.¹⁵⁴

Uit de parlementaire behandeling kan worden opgemaakt dat bij de omzetting niet verplicht ‘nieuwe’ aandelen moesten worden uitgegeven om te voldoen aan de tweede voorwaarde. In de parlementaire behandeling wordt aangegeven dat het mogelijk is om een deel van de bestaande gewone aandelen om te zetten in preferente aandelen en een deel van de bestaande gewone aandelen over te dragen.¹⁵⁵ Echter staat in het beleidsbesluit dat men 5% van de nieuw uitgegeven aandelen moet bezitten bij de verkrijging van de preferente aandelen om te voldoen aan de vierde voorwaarde. In de oude tekst

¹⁵¹ WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling 2018, p. 3.

¹⁵² Redactie Vakstudie Nieuws 2018, p. 60-61.

¹⁵³ Van der Kroon 2012, § 2.2.

¹⁵⁴ AB-Besluit van 9 maart 2018, § 5.2.3.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98 (NV).

staat dat de verkrijger van de preferente aandelen ten tijde van de verkrijging ten minste 5% van de nieuw uitgegeven gewone aandelen moet bezitten.¹⁵⁶ In het nieuwe AB-Besluit staat dat de verkrijger van de preferente aandelen tenminste één nieuw uitgegeven aandeel in bezit moet hebben, mits dit aandeel tenminste 5% van het totale gestorte aandelen kapitaal uit maakt.¹⁵⁷ Hiermee laat de staatssecretaris blijken dat hij ondanks dat de wettekst spreekt over ‘gewone aandelen’ hij één aandeel ook voldoende vindt. Ik ben van mening dat het niet verplicht moet zijn dat nieuwe aandelen uitgegeven moeten worden, maar dat het ook mogelijk moet zijn om bestaande aandelen voor een deel om te zetten en voor een deel aan de beoogd opvolger uit te geven. In §4.4.3 heb ik al aangegeven dat ik van mening ben dat indien de opvolger al aandelen bezit helemaal geen aandelen hoeven te worden uitgegeven. De term nieuw zou wat mij betreft dan ook uit het beleidsbesluit geschrapt kunnen worden.

§4.6.4 Aandelen als bedoeld in voorwaarde twee

De eis dat de verkrijger van de preferente aandelen 5% van de bij omzetting uitgegeven aandelen in bezit moet hebben op het moment van de verkrijging, maakt het moeilijker om na de omzetting een andere bedrijfsopvolger aan te wijzen wanneer de eerste opvolger weigert de nieuwe uitgegeven aandelen over te dragen aan de tweede opvolger, zo stelt Heithuis in zijn annotatie bij het nieuwe AB-Besluit.¹⁵⁸

Heithuis geeft in zijn annotatie op het nieuwe AB-Besluit aan dat om zo flexibel mogelijk te zijn in het kiezen van een bedrijfsopvolger na de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen, het raadzaam is om iedere potentiële bedrijfsopvolger (ook al heeft op dat moment nog niet iedereen de ambitie om ook daadwerkelijk op te volgen) 5% van het geplaatste normale aandelenkapitaal toe te kennen. Hierdoor wordt voorkomen dat indien maar aan één opvolger de aandelen worden uitgegeven en wanneer uiteindelijk toch een andere opvolger beter is of er met de ene opvolger onenigheid ontstaat en deze zijn aandelen niet af wil staan, dat de faciliteit bij de andere opvolger niet kan worden toegepast. Dit kan nooit de bedoeling van de wetgever zijn geweest, want dit heeft immers niets met de reële bedrijfsopvolging te maken.¹⁵⁹ Wat mij betreft wijst dit op de noodzaak om de verwijzing naar de in voorwaarde twee uitgegeven gewone aandelen te vervangen door enkel de eis dat de verkrijger op het moment van verkrijgen 5 % van het geplaatste gewone aandelenkapitaal in bezit moet hebben. Daarmee is het mogelijk om 5 % nieuwe aandelen uit te geven aan de nieuwe bedrijfsopvolger zonder dat dit de kwalificatie voor de vierde voorwaarde schaadt.

¹⁵⁶ AB-Besluit van 4 september 2012, § 5.5 en BOR-Besluit van 17 januari 2013, §3.9.

¹⁵⁷ AB-Besluit van 9 maart 2018, § 5.5.

¹⁵⁸ Heithuis 2018, § 5.5.

¹⁵⁹ Heithuis 2010, § 2.4.2.

Uit mijn onderzoek blijkt dat de basisgedachte van de vierde voorwaarde wel aansluit bij de ratio van reële gefaseerde bedrijfsopvolging, want de opvolger moet een 'echte ondernemer' zijn. De huidige formulering van de vierde voorwaarde zorgt er echter niet voor dat alle gefaseerde bedrijfsopvolgingen binnen het bereik van de faciliteiten vallen. Het laatste gedeelte van de voorwaarde, "het houden van 5% van de in voorwaarde twee uitgegeven geplaatste normale aandelenkapitaal". Moet gewijzigd worden in, "het in bezit zijn van 5% van het totale geplaatste gewone aandelenkapitaal van de vennootschap waarvan de preferente aandelen worden verkregen." Daarnaast moet in het AB-Besluit de op een na laatste volzin worden vervangen door. "De verkrijger van de (indirect gehouden) preferente aandelen moet ten tijde van de verkrijging minimaal 5% van het geplaatste kapitaal in bezit hebben (artikel 26b, derde lid, onderdeel d, URIB 2001)."

§4.7 Bezitsvereiste

De gewone aandelen die worden omgezet in preferente aandelen moeten bij de aandeelhouder wel voldoen aan het bezitsvereiste van artikel 35d SW 1956. Dit houdt in dat de erflater of schenker de gewone aandelen ten minste een jaar bij vererving en ten minste vijf jaar bij schenking in bezit moet hebben gehad voordat de aandelen zijn omgezet in preferente aandelen. De wetgever heeft deze keuze gemaakt omdat hij vindt dat alleen dan sprake kan zijn van een 'echte' ondernemer en dus sprake is van reële bedrijfsopvolging. Hiervan is volgens de wetgever alleen sprake wanneer tijdens de referentieperiode alle rechten op de winst de aandeelhouder toekomen.¹⁶⁰ Gezien de definitie die de wetgever aan gewone aandelen heeft gegeven is dit een logisch gevolg. Wanneer in de referentieperiode het recht op winstreserves of liquidatie-uitkeringen wordt beperkt, spreekt de wetgever van preferente aandelen en wordt dus niet meer voldaan aan de bezitseis. Dit heeft tot gevolg dat indien na drie jaar gewone aandelen in preferente aandelen worden omgezet deze wel kwalificeren voor de faciliteit in de situatie van een vererving, maar niet in de situatie van een schenking. Wanneer de gewone aandelen aan het bezitsvereiste voldoen, gaat na de omzetting de bezitsperiode niet opnieuw lopen ten aanzien van de preferente aandelen.¹⁶¹

De onduidelijkheid in de tekst van artikel 35d, lid 1, onderdeel c SW 1956 biedt ruimte om te stellen dat preferente aandelen¹⁶² die één of vijf jaar in bezit zijn voldoen aan de bezitstermijn. Janssen geeft aan dat de tekst geeft alleen aan dat men aandeelhouder moet zijn in een vennootschap die een onderneming drijft. Hier wordt aan voldaan wanneer een preferente aandeelhouder zijn aandelen in de vennootschap voor vijf jaar bezit.¹⁶³ Gezien de ratio van de wet ben ik echter van mening dat de

¹⁶⁰ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103. (NV).

¹⁶¹ Zie artikel 9 lid 3 uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹⁶² Die zijn ontstaan uit gewone aandelen die niet voldeden aan de bezitstermijn.

¹⁶³ Janssen 2013, p. 25.

wetgever dit niet heeft bedoeld en denk ik dat de wettekst dan ook zou moeten worden aangepast om meer duidelijkheid te verschaffen. Toegevoegd zou kunnen worden dat een aanmerkelijkbelanghouder tijdens de bezitsperiode niet mag worden beperkt in zijn rechten tot de winstreserves en liquidatie-uitkeringen. Buiten het feit dat ik van mening ben dat de bezitser verder in overeenstemming is met de ratio van de wetgever, dat sprake moet zijn van reëel ondernemerschap, ben ik wel van mening dat de bezitstermijn op zich geen bijdrage levert aan het faciliteren van reële bedrijfsopvolging zoals ik in §3.2 uiteen heb gezet.

§4.8 Voortzettingsvereiste

Naast een bezitser voor de gewone aandelen moet na de overdracht ook worden voldaan aan het voortzettingsvereiste. Het voortzettingsvereiste houdt in dat de gewone aandelen niet mogen worden vervreemd gedurende vijf jaar na de verkrijging op grond van artikel 35e, lid 1, onderdeel c SW 1956. Met betrekking tot de preferente aandelen is het belangrijk dat niet alleen bij de vervreemding van de preferente aandelen de voorwaardelijke vrijstelling vervalt maar wanneer de verkrijger de met de preferente verbonden gewone aandelen vervreemdt, vervalt ook de vrijstelling van de preferente aandelen, op grond van artikel 35e, lid 4 SW 1956. De wetgever is van mening dat deze voorwaarde noodzakelijk is om misbruik te voorkomen en betrokkenheid van de voortzetter te eisen.¹⁶⁴ Deze ratio is ook in overeenstemming met het huidige voortzettingsvereiste, maar ik ben alleen wel van mening dat de voortzettingstermijn op zich geen bijdrage levert aan het faciliteren van reële bedrijfsopvolging zoals ik in §3.2 uiteen heb gezet.

§4.9 Deelconclusie

Dit hoofdstuk staat in het teken van de voorwaarden die zijn gesteld aan de kwalificatie van preferente aandelen in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarbij heb ik gekeken naar de vraag of de voorwaarden die een grondvorm van een gefaseerde bedrijfsopvolging omvatten, leiden naar het doel dat reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd.

In algemene zin faciliteert de eerste voorwaarde reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen. Wel blijkt uit mijn onderzoek dat de voorwaarde op een aantal punten verbeterd kan worden om nog beter aan te sluiten bij het faciliteren van reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen. Bijvoorbeeld moeten preferente aandelen die een omzetting vormen van een meetrek aanmerkelijk belang en een fictief aanmerkelijk belang expliciet worden uitgesloten van de eerste voorwaarde.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 29 (NV).

De ratio van de wetgever achter de tweede voorwaarde is in beginsel begrijpelijk en in overeenstemming met het faciliteren van reële bedrijfsopvolging in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. De tweede voorwaarde in de huidige vorm draagt mijns inziens echter niet voldoende bij aan het faciliteren van reële bedrijfsopvolging. Uit mijn onderzoek in deze paragraaf blijkt dat situaties bestaan waarbij wel sprake is van reële bedrijfsopvolging maar die niet kwalificeren voor de faciliteiten. Daarnaast is de aanvulling in het nieuwe AB-Besluit met betrekking tot de uitgifte van minimaal één nieuw aandeel bij de omzetting, wat mij betreft in alle situaties overbodig en mag deze worden geschrapt.

Ik ben van mening dat het terecht is dat op het moment van omzetting wordt getoetst op de aanwezigheid van een materiële onderneming.

Uit mijn onderzoek blijkt dat de basisgedachte van de vierde voorwaarde wel aansluit bij de ratio van reële gefaseerde bedrijfsopvolging, want de opvolger moet een 'echte ondernemer' zijn. De huidige formulering van de vierde voorwaarde zorgt er echter niet voor dat alle gefaseerde bedrijfsopvolgingen binnen het bereik van de faciliteiten vallen. Ik pleit dan ook voor de wijziging van de vierde voorwaarde. Het laatste gedeelte van de voorwaarde, "het houden van 5% van de in voorwaarde twee uitgegeven geplaatste normale aandelenkapitaal". Moet gewijzigd worden in, "het in bezit zijn van 5% van het totale geplaatste gewone aandelenkapitaal van de vennootschap waarvan de preferente aandelen worden verkregen." Daarnaast moet in het AB-Besluit de op een na laatste volzin worden vervangen door. "De verkrijger van de (indirect gehouden) preferente aandelen moet ten tijde van de verkrijging minimaal 5% van het geplaatste kapitaal in bezit hebben (artikel 26b, derde lid, onderdeel d, URIB 2001)."

De bestaande bezitseis laat de mogelijkheid toe om preferente aandelen zelf te toetsen aan de bezitseis in plaats van alleen de gewone aandelen die worden omgezet in preferente aandelen. Gezien de ratio van de wetgever in de parlementaire behandeling, is het niet de bedoeling om preferente aandelen zelf te toetsen aan de bezitseis en zou dit altijd in samenhang met de gewone aandelen moeten. De bezitstermijn en de voortzettingstermijn op zichzelf dragen naar mijn mening niet bij aan het faciliteren van reële bedrijfsopvolging. Wanneer een tegenbewijsregeling aan de bezitseis en het voortzettingseis zou worden toegevoegd, om het motief van de overdrager of opvolger te kunnen toetsen, kunnen reële bedrijfsopvolgingssituaties die niet voldoende aan de termijn toch kwalificeren voor de faciliteiten.

Hoofdstuk 5 Conclusie & aanbevelingen

§5.1 Inleiding

In deze thesis heb ik onderzoek gedaan naar de behandeling van preferente aandelen in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In dit hoofdstuk zal ik antwoord geven op de probleemstelling die ik heb onderzocht:

Is het gezien vanuit het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten terecht dat een preferente aandeelhouder in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen als ondernemer wordt gezien onder bepaalde voorwaarden en wordt met de gestelde voorwaarden bereikt dat gefaseerde bedrijfsopvolgingen onder het bereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen?

§5.2 Conclusie

Als eerste heb ik onderzocht wat het begrip preferent aandeel inhoudt. Het is erg moeilijk om een eenduidige definitie van het begrip preferent aandeel te geven. In de fiscaliteit heeft de wetgever bewust gekozen om geen definitie in de wet op te nemen. Dit hoeft echter geen probleem te zijn zolang het standpunt van de wetgever maar duidelijk is. Dit laat overigens te wensen over. Het is in ieder geval duidelijk dat een aandeel dat niet deelt in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen als preferente aandelen moeten worden aangemerkt en aandelen die volledig delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen als gewone aandelen. Alles wat tussen deze twee uitersten in zit, moet wat mij betreft worden beoordeeld op de economische realiteit zoals dit ook in het jaarrekeningenrecht gebeurt. Het gaat daarbij om bijvoorbeeld het al dan niet aanwezig zijn van kenmerken als een vaste en primaire vergoeding, vaste looptijd en het meedelen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen. Waarbij het delen in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen een zwaarwegende factor gezien het winstgerechtigheids criterium dat door de wetgever wordt gesteld.

Een concrete definitie van een reële bedrijfsopvolging bestaat niet, maar de wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling wel een goed beeld geschetst van wat hij verstaat onder een reële bedrijfsopvolging. Van een reële bedrijfsopvolging is sprake wanneer de overdrager als ondernemer bij de onderneming betrokken is, daarnaast onbeperkt recht heeft op de winsten uit deze onderneming en de opvolger de positie van de overdrager voortzet.

Hoewel de wetgever betrokkenheid dus een wezenlijk onderdeel vindt van reële bedrijfsopvolging heeft hij verzuimd dit goed in de regelgeving van de faciliteiten te verankeren. Zo heeft de doorschuifregeling wel een werknemerseis, maar deze wordt als 'een wassen neus' beschouwd en in de bedrijfsopvolgingsregeling ontbreekt de betrokkenheidseis helemaal. Om reële bedrijfsopvolging te faciliteren,

ben ik van mening dat een voortzettingseis en de voorwaarde dat de werknemer ook betrokken is geweest bij de bedrijfsvoering van de onderneming zouden moeten worden toegevoegd aan de werknemerseis. De aangepaste werknemerseis ook moet worden ingevoerd in de bedrijfsopvolgingsregeling.

Naast de betrokkenheid is het dus ook van belang dat de ondernemer, naar de verhouding van zijn gewone aandelen in de vennootschap, onbeperkt recht heeft op de winsten uit de onderneming. Een houder van preferente aandelen voldoet niet aan dit criterium. Deze deelt immers niet in de winstreserves en liquidatie-uitkeringen van de onderneming. Doordat preferente aandeelhouders voornamelijk een risico lopen wanneer de onderneming failliet gaat, lijken ze mijns inziens inderdaad meer op een belegger dan op een ondernemer. Ik ben het daarom met de wetgever eens dat het alleen gerechtvaardigd is om preferente aandelen te faciliteren wanneer deze zijn ontstaan in het kader van de reële bedrijfsopvolging.

De wetgever heeft vier extra voorwaarden gesteld aan de kwalificatie van preferente aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit betreft de grondvorm van een gefaseerde bedrijfsopvolging. In de praktijk zijn echter situaties denkbaar die niet aan de voorwaarden voldoen, maar waar wel sprake is van een reële bedrijfsopvolgingssituaties en visa versa. Om dit te verbeteren, zal ik in §5.3 concrete aanbevelingen doen.

In algemene zin faciliteert de eerste voorwaarde voor een reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen. Wel blijkt uit mijn onderzoek dat de voorwaarde op een aantal punten verbeterd kan worden om nog beter aan te sluiten bij het faciliteren van reële bedrijfsopvolging met preferente aandelen.

De ratio van de wetgever achter de tweede voorwaarde is in beginsel begrijpelijk en in overeenstemming met het faciliteren van reële bedrijfsopvolging in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. De tweede voorwaarde in de huidige vorm draagt mijns inziens echter niet voldoende bij aan het faciliteren van reële bedrijfsopvolging.

Ik ben van mening dat het terecht is dat op het moment van omzetting wordt getoetst op de aanwezigheid van een materiële onderneming. Deze voorwaarde komt naar mijn mening overeen met het doel van de wetgever om reële bedrijfsopvolging te faciliteren.

Uit mijn onderzoek blijkt dat de basisgedachte van de vierde voorwaarde wel aansluit bij de ratio van reële gefaseerde bedrijfsopvolging, want de opvolger moet een 'echte ondernemer' zijn. De huidige

formulering van de vierde voorwaarde zorgt er echter niet voor dat alle gefaseerde bedrijfsopvolgingen binnen het bereik van de faciliteiten vallen. Ik pleit dan ook voor de wijziging van de vierde voorwaarde.

Al met al worden niet alle reële bedrijfsopvolgingssituaties gefacilieerd. Door middel van een aantal aanpassingen ben ik van mening dat meer reële bedrijfsopvolgingssituaties gefacilieerd worden.

§5.3 Aanbevelingen

Om er voor te zorgen dat meer reële bedrijfsopvolgingssituaties worden gefacilieerd, doe ik de volgende aanbevelingen.

- Sluit fictief aanmerkelijkbelanghouders, optiehouders en aandeelhouders van een soortaandeel dat een gering belang van het totaal geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigd uit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op gelijke wijze als is gedaan bij een meetrek aanmerkelijk belang.
- Aanvullen van Artikel 35c, lid 4, onderdeel a SW 1956 met een expliciete uitsluiting van preferente aandelen die een omzetting vormen van een meetrek aanmerkelijk belang en een fictief aanmerkelijk belang.
- In een beleidsbesluit opnemen dat indien preferente aandelen worden verkregen door de partner of langstlevende op grond van artikel 8 lid 2 Uitv.reg S&E, zij ook gebruik mogen maken van de faciliteiten, mits in het testament door middel van een verkrijging onder last of door middel van een tweetrapsmaking wordt geacht dat de verkrijging onderdeel is van de gefaseerde bedrijfsoverdracht.
- Aan artikel 8 lid 2 Uitv.reg S&E moet ‘direct en indirect gehouden’ worden toegevoegd:
“Aan het gestelde in artikel 35c, vierde lid, onderdeel a, van de wet wordt ook geacht te zijn voldaan indien de daar bedoelde ‘*direct en indirect gehouden*’ preferente aandelen krachtens erfrecht of schenking worden verkregen van een rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht van degene die de aandelen heeft omgezet als bedoeld in genoemd onderdeel.”
- Artikel 35c, lid 4, onderdeel b SW 1956 moet worden vervangen door:
“De omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen *of winstbewijzen* aan een ander. *Aan de eerste volzin wordt geacht te zijn voldaan indien de ander op het moment van de omzetting reeds in bezit is van ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal*”.
- Artikel 35c, lid 4, onderdeel d SW 1956 moet worden vervangen door:

“De verkrijger ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in de vennootschap waar de preferente aandelen deel van uitmaken.”

- In onderdeel 5.5 van het AB-Besluit moet de op een na laatste volzin worden vervangen door:
“De verkrijger van de (indirect gehouden) preferente aandelen moet ten tijde van de verkrijging minimaal 5% van het geplaatste kapitaal in bezit hebben (artikel 26b, derde lid, onderdeel d, URIB 2001).”

Op het moment dat deze aanbevelingen worden opgevolgd in zowel de doorschuifregeling als in de bedrijfsopvolgingsregeling kan ik als antwoordt op mijn probleemstelling stellen dat terecht aanvullende voorwaarden aan preferente aandelen worden gesteld en dat deze voorwaarden bereiken dat gefaseerde bedrijfsopvolgingen ook onder het bereik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vallen.

Hoofdstuk 6 Literatuurlijst

Boeken en tijdschriften

Beer, de, 2009

A.M.A. De Beer, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen.', *WFR* 2009/1303, afl. 6831.

Beer, de, 2010

A.M.A. De Beer, '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen.', *WFR* 2010/1242, afl. 6876.

Beer, de en Hoogeveen 2019

A.M.A. De Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging.', *TFO* 2019/160.5, afl. 160.

Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting Studenteneditie 2018-2019

P.H.J. Essers, M.L.M. van Kempen en A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolter Kluwer 2018

Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting Studenteneditie 2018-2019

I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting (Studenteneditie 2018-2019)*, Deventer: Wolter Kluwer 2018.

Dijkstra 2011

C.G. Dijkstra, 'Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?', *WFR* 2011/725, afl. 6908.

Dijkstra e.a. 2018

C.G. Dijkstra, *De Wet Inkomstenbelasting 2001. Met hoofdzaken loonbelasting*, reeks Fiscale geschriften (nr. 12), Den Haag: Sdu 2018.

Ernst & Young 2018

Ernst & Young Accountants, *Vergelijking IFRS met Nederlandse Wet- en Regelgeving*, editie 2018.

Ganzeveld en Van Gijlswijk 2015

J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'Wanneer is een aandeel preferent?', *PE-Tijdschrift voor bedrijfsopvolging* 2015, afl. 2, p. 6-11.

Ganzeveld 2018

J. Ganzeveld, 'Preferente aandelen: stiefkindje van het aanmerkelijk belang', *NFR* 2018/2813, afl. 50.

Gijlswijk, Van, 2010

M.A.J.M. van Gijlswijk, 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?', *WPNR* 2010/6844, p. 429 – 438.

Heithuis 2009

E.J.W. Heithuis, 'Notitie fiscale positie directeur-grotoaandeelhouder; een reactie', *WFR* 2009/889.

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis, 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', *TFO* 2010/93, afl. 110.

Heithuis 2015

E.J.W. Heithuis, *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Heithuis 2018

E.J.W. Heithuis, 'Aanmerkelijk belang. Verzamelbesluit. Actualisering beleidsstandpunten', *BNB* 2018/133.

Hoogeveen 2011

M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving (diss. Tilburg)*, Den Haag: SDU 2011.

Hoogeveen 2012

M.J. Hoogeveen, 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?' In T.C. Hoogwout, & P. Klavelaars, *Bedrijfsopvolging*, p. 23-34, geraadpleegd op URL: https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1573216/Preferente_aandeelhouder_bedrijfsopvolging.pdf.

Janssen 2013

R.L.M.C. Janssen, 'Preferente aandelen en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2013/1.

Kempen, van, 2000

L.L.M. van Kempen, 'De kwalificatie van vennoten in personenvennootschappen in de Wet IB 2001', in: P.H.J. Essers e.a. (red.), *verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht; opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Kroon, van der 2012

M.G.H. Van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110, afl. 6966.

Meijer & Denneboom 2014

H.J. Meijer & C. Denneboom, 'De rendementseis voor preferente aandelen bij bedrijfsopvolging', *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/3.

Redactie Vakstudie Nieuws 2009

Redactie Vakstudie Nieuws, 'SCHENK- EN ERFBELASTING', V-N 2009/22.3 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Redactie Vakstudie Nieuws 2013

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Nieuw besluit over de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW', V-N 2013/8.17 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Redactie Vakstudie Nieuws 2018

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Intern beleid Belastingdienst over bedrijfsopvolging vrijgegeven op grond WOB', V-N 2018/59.11 (nadere vindplaats: Kluwer Navigator).

Rijkers en van Dijk 2000

A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en in de Wet IB 2001*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2000

Schilfgaarde, van, Winter en Wezeman, 2013

P. van Schilfgaarde, J. Winter, J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Solinge, van en Nieuwe Weme 2-IIa, 2013

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013.

Tigelaar-Klootwijk 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2013.

Wijkerslooth-Lhoëst, de, 2009

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', WPNR 2009/6802, p. 512-519.

Besluiten

BOR-Besluit 4 april 2011

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/68, *Stct.* 2011, 6416.

BOR-Besluit 17 januari 2013

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stct.* 2012, 2175.

AB-Besluit 4 september 2012

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *Stct.* 2012, 18480.

AB-Besluit 9 maart 2018

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *Stct.* 2018, 15751

Jurisprudentie

Hoge Raad der Nederlanden Belastingkamer

HR 23 januari 1974, nr. 17 149, BNB 1974/132

HR 23 januari 1974, nr. 17 194, BNB 1974/133

HR 21 November 1979, nr. 19 297, BNB 1980/100

Parlementaire stukken

Kamerstukken

Kamerstukken II 1962/63, 5 380, nr. 16

Kamerstukken II 1962/63, 5 380, nr. 19

Kamerstukken II 1989/90, 21 033, nr. 12

Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3

Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3

Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3

Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7

Overig

WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling 2018

Bijlage bij Beslissing Staatsecretaris van Financiën op WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, 23 juli 2018, kenmerk 2018-0000119906